

LES VARIATIONS DE L'INCAPACITÉ DU MINEUR A RAISON DE SON AGE

THESE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

Le Jeudi 5 Juin 1941, à 14 heures

PAR

Marc BAJOTET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Pierre-Louis LUCAS, Doyen, Professeur.

Suffragants : { M. FLOUR, Professeur.
 { M^{lle} FOURNIER, Chargée de Cours.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1941

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

LES VARIATIONS DE L'INCAPACITÉ DU MINEUR A RAISON DE SON AGE

THESE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON
Le Jeudi 5 Juin 1941, à 14 heures

PAR

Marc BAJOTET

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Pierre-Louis LUCAS, Doyen. Professeur.

Suffragants : { M. FLOUR, Professeur.
 { M^{lle} FOURNIER, Chargée de Cours.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1941

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES MEMBRES DE LA FACULTÉ

MM.

P. LOUIS-LUCAS, Doyen, Professeur de droit civil ;
M. DESSERTAUX, Assesseur, Professeur de droit civil ;
R. JAPIOT, Professeur de droit commercial ;
A. GUILLOIS, Professeur de droit administratif ;
P. HUGUENY, Professeur de droit romain ;
F. DUMONT, Professeur de droit romain ;
G. CHEVRIER, Professeur d'histoire du droit ;
A. BLONDEL, Professeur de droit international public ;
J. PAOLI, Professeur de droit romain ;
G. BURDEAU, Professeur de droit public ;
A. MARCHAL, Professeur d'économie politique ;
J. FLOUR, Professeur de droit civil ;
GUITTON, agrégé d'économie politique.

M^{lle}

FOURNIER, chargée de cours ;

MM.

VILLERS, chargé de cours ;

DENIS, chargé de cours.

Professeurs et Doyens honoraires :

M. M. VIGNES

Doyen honoraire : M. A. GUILLOIS

Secrétaire : M. H. VIAN

INTRODUCTION

Connaissant le nombre et la qualité des ouvrages qui traitent du problème de la minorité, il nous était apparu dès l'abord très difficile de reprendre cette matière, même partiellement, dans une thèse de doctorat.

De Fréminville n'écrivait-il pas, en effet, dès 1845 : « La « minorité est un des points que les jurisconsultes ont « surtout soumis à leurs investigations, et sur lesquels la « Jurisprudence a fixé les plus nombreux jalons, en pré- « sence des ouvrages qui existent déjà, une pensée domine « tout d'abord ; c'est qu'il n'est plus sur cette matière de « difficulté qui n'ait été soulevée et aplanie, de question « qui n'ait été présentée et décidée. Plus de théories nou- « velles à saisir et à développer. En ce vaste terrain complè- « tement dépouillé d'une moisson qui semble ne rien lais- « ser à glaner, l'irrésolution succède à la volonté la mieux « arrêtée et l'hésitation enchaîne celui qui s'était mis à « l'œuvre avec ardeur » (1).

Ainsi confirmé dans notre impression première par une opinion aussi autorisée, on concevra aisément que ce n'est, qu'après avoir compris qu'il était possible d'envisager la question d'un point de vue la renouvelant sans cesse,

(1) DE FRÉMINVILLE, *Traité de la Minorité*, Préface, 1845.

le point de vue de l'évolution juridique, que nous nous sommes décidé à entreprendre ce modeste travail.

Mais se demandera-t-on aussitôt, où donc apercevoir en cette matière si minutieusement réglementée un terrain propice à l'évolution juridique ? L'incapacité des mineurs n'est pas une construction artificielle de la loi, comme l'était par exemple l'incapacité de la femme mariée ; c'est une institution qu'impose la nature même des choses et dont la nécessité ne peut être contestée.

L'observation est exacte ; aussi bien n'est-il pas dans notre intention de discuter le principe même de l'incapacité du mineur, tel qu'il est formulé par les articles 374, 389, 450 et 1124 du Code civil.

Mais il est non moins exact que dans son application ce principe est susceptible de modalités. Parmi ces modalités il en est une qui a fait l'objet de discussions sans cesse reprises, c'est la question de la fixation de la durée de l'incapacité.

A quelle époque et de quelle manière doit-on mettre fin à l'infériorité juridique de l'enfant ?

L'histoire nous enseigne qu'anciennement l'accession à la majorité coïncidait avec la puberté, c'était la conception admise tant en droit romain archaïque que dans notre très ancien droit. Mais comme au moment où la puberté se produit l'individu est encore loin de posséder les qualités intellectuelles suffisantes pour administrer convenablement un patrimoine, on fut amené à prolonger la période d'incapacité et à en déterminer les limites en fonction de la maturité d'esprit des sujets. A la suite de cette évolution que l'on retrouve aussi bien en droit romain classique que dans les institutions de l'époque féodale, on retarda l'âge de la capacité jusqu'à 25 ans (droit de Justi-

nien et droit coutumier du XVIII^e siècle). Le droit intermédiaire ramena cet âge à 21 ans, limite qui fut adoptée par le Code civil et depuis par la majorité des législations étrangères.

De nos jours ce premier point n'est plus sujet à controverse et les auteurs admettent unanimement qu'il est sage de n'accorder la pleine capacité juridique à l'enfant qu'à 21 ans ou à un âge très voisin (1).

Mais il n'en va pas de même en ce qui concerne le processus à suivre pour assurer cette consécration de la personnalité des mineurs. A ce propos deux systèmes sont « a priori » concevables : on peut les investir de l'ensemble des prérogatives que la loi leur confère soit en une seule fois, soit progressivement et par étapes.

La première méthode présente l'incontestable avantage de la simplicité : elle éclaire immédiatement les tiers sur le crédit qu'ils peuvent accorder aux engagements pris par leurs cocontractants ; c'est une solution commode, mais elle présente de graves inconvénients pratiques, qui

(1) V. cependant :

Proposition de Chappedelaine (19 septembre 1917, *Journal Officiel*, Doc. Parl. Chambre, p. 1278) tendant à abaisser d'un an l'âge de la majorité : proposition motivée par cette considération que « notre époque, écrit l'auteur, a montré qu'il n'est pas nécessaire à nos fils d'atteindre leur vingt et unième année pour faire preuve de volonté, de courage et d'esprit d'initiative ».

Proposition Lacave-Laplague : tendant à abaisser l'âge à 19 ans pour les hommes et à 20 ans pour les femmes (*Journal Officiel* du 2. septembre 1919, Doc. Parl. Chambre, p. 2520). L'argument capital invoqué par l'auteur de cette proposition consiste à mettre en relief l'excellente conduite des mineurs pendant la guerre, ce à quoi il ajoute que le développement de l'enseignement public a mûri plus rapidement les esprits et qu'en hâtant le moment où les enfants pourront faire acte d'initiative on développera la prospérité publique.

tous tiennent à ce que les mineurs ne sont nullement préparés à jouer le rôle de « sujets de droit » ; en outre elle n'est pas en harmonie avec le fondement qui est désormais assigné à l'octroi de la capacité ; puisque l'on considère en effet que l'enfant est relevé de son infériorité juridique parce qu'à une époque donnée il est présumé avoir acquis un développement intellectuel suffisant, logiquement on devrait décider qu'il devient capable progressivement, au fur et à mesure que son intelligence et ses facultés de raisonnement grandissent.

Peut-on préconiser l'adoption d'une semblable conception ?

Si l'on en fait une application minutieuse, c'est-à-dire que si l'on multiplie les degrés de capacité, on risque d'introduire dans toute cette matière des complications excessives et de nombreux éléments d'incertitude.

Mais si l'on se contente de s'en inspirer et de l'utiliser pour remédier aux principales lacunes du régime en vigueur on peut espérer aboutir à des résultats satisfaisants.

*
* *

Nous avons indiqué précédemment que le défaut capital du maintien de l'incapacité absolue jusqu'à 21 ans était de mettre brutalement l'adolescent en contact avec un monde qui jusqu'alors lui était complètement étranger (1).

Comment parer à cet inconvénient ? Est-il ou non possible, pratiquement et théoriquement, d'aménager une période transitoire au cours de laquelle les mineurs pourraient

(1) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, p. 475, n° 428.

véritablement s'initier à la vie juridique et faire en quelque sorte leur apprentissage de « sujets de droits » ?

Telle est la question que nous nous sommes proposé de résoudre.

Le problème étant ainsi posé, il apparaît immédiatement que dans la réalité des faits l'incapacité du mineur n'est pas aussi absolue que certains textes, comme les articles 374, 389, 450 et 1124, semblent l'indiquer et qu'il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles il jouit d'importants pouvoirs de décision et de disposition.

C'est ainsi qu'il peut par exemple, et sans que cette énumération soit limitative, se marier dès l'âge de la puberté, c'est-à-dire dès 18 ou 15 ans, suivant son sexe (art. 144 C. civ.), disposer par testament d'une partie de ses biens lorsqu'il a atteint 16 ans (art. 904 C. civ.), s'engager dans l'industrie dès 14 ans, contracter un engagement militaire à partir de 18 ans (loi du 5 octobre 1940, art. 2) (1) et même exercer un commerce s'il est émancipé et âgé de 18 ans.

Bien évidemment cette constatation ne résoud pas, au fond, le problème, car les différentes dispositions énumérées plus haut sont beaucoup trop disparates pour permettre au mineur, quand bien même il en utiliserait plusieurs dans un court laps de temps, de prendre conscience de l'immensité des activités et aussi des responsabilités qui s'ouvrent à lui. Mais elle nous indique la méthode qui nous permettra de lui donner une solution.

Il nous est apparu, en effet, tout naturel de rechercher cette solution dans la généralisation des règles de droit

(1) Loi du 5 octobre 1940 fixant le régime normal des engagements et rengagements des Français. *Journal officiel* du 9 octobre 1940, p. 5235.

qui procurent au mineur la capacité réduite dont il jouit, même en dehors de toute émancipation et dont nous avons donné quelques exemples précédemment.

On nous objectera sans doute que le raisonnement analogique est un procédé d'interprétation aventureux et qu'il est dangereux de fonder sur des généralisations l'édification d'un système juridique.

Nous admettons volontiers la critique. Elle ne doit cependant pas constituer un obstacle décisif, car nous verrons qu'il est possible de rattacher la plupart des dérogations apportées à l'incapacité des mineurs à quelques grandes idées simples (notamment à l'impossibilité d'agir par voie de représentation dans les matières exigeant des appréciations d'ordre personnel comme le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, les questions de nationalités) ; et ceci doit nous permettre d'éviter les incohérences qui pourraient résulter de l'extension arbitraire de certains textes.

Ainsi dans notre esprit cette thèse comporte trois parties :

Une partie historique : l'étude de l'évolution historique du statut des mineurs ;

Une partie analytique : l'étude des différentes hypothèses dans lesquelles le mineur possède une certaine capacité ;

Et une partie synthétique, dans laquelle, après avoir confronté les observations rassemblées dans la seconde partie, nous chercherons à jeter les bases d'une nouvelle conception du statut des mineurs, conception moins simple, sans doute, que celle du Code civil, mais plus nuancée, suivant de plus près le développement intellectuel de l'adolescent et répondant mieux, par là même, aux nécessités de la vie juridique.

PREMIERE PARTIE

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU STATUT DES MINEURS

Cette première partie qui vise à retracer l'évolution de la situation juridique des mineurs au cours de l'histoire, est sans aucune prétention scientifique. Elle ne comporte que l'énoncé de solutions classiques et indiscutées. En ce qui concerne le droit romain, notamment, nous avons entendu ne reprendre aucune discussion doctrinale préférant consacrer nos développements à la présentation objective de la capacité reconnue ou déniée aux individus qui, par leur âge tout au moins, correspondent aux « mineurs » de notre droit positif.

TITRE I : DROIT ROMAIN

Dès l'abord il apparaît que le système admis par le Droit romain, en cette matière, est fort différent de notre conception française moderne. Tandis que de nos jours l'incapacité à la vie juridique, fondée sur l'inexpérience et l'insuffisance du développement des facultés intellectuelles, est édictée essentiellement dans l'intérêt de l'enfant, à Rome l'incapacité du mineur visait, au premier chef, à assurer la protection des intérêts familiaux.

Du point de vue de la capacité civile les Romains étaient divisés en deux grandes catégories, les « *sui juris* » et les « *alieni juris* ».

Les « *sui juris* » étaient les personnes libres de toute puissance ; elles jouissaient, en principe d'une pleine capacité. Les « *alieni juris* », ou personnes en puissance, étaient frappées d'une incapacité absolue. Comme par ailleurs les femmes « *sui juris* » étaient soumises à une tutelle spéciale, la capacité, en droit romain ancien, se trouvait être l'attribut exclusif du chef de famille ou « *pater familias* ».

Les pouvoirs de ce « *pater familias* » étaient absolus et viagers ; par suite, jamais la question de l'incapacité de fait ne se posa pour les « *alieni juris* », qui restèrent incapables de droit, aussi longtemps que subsista le premier état du droit.

CHAPITRE I

LES « SUI JURIS »

Ce système qui accordait à un enfant nouveau-né une pleine capacité (il suffisait pour cela qu'il naquit libre et sans ascendance paternelle) était évidemment impraticable ; aussi dès les origines fut-il complété par l'adjonction de la distinction entre pubères et impubères :

pubère et « *sui juris* », le jeune romain était maître de sa personne et de ses biens ;

impubère, il ne pouvait ni s'obliger, ni obliger autrui.

SECTION I. — Les Impubères

Mais la condition ainsi faite aux impubères était pleine d'inconvénients ; le droit romain ignorant la fiction de la représentation parfaite, la plupart des actes essentiels, dont la passation impliquait une activité matérielle et effective des cocontractants, leur étaient pratiquement interdits ; il en allait ainsi notamment pour la mancipation, la stipulation et le contrat de vente.

Pour remédier à cet état de choses les juriconsultes furent amenés à nuancer à nouveau leur système et à distinguer plusieurs catégories d'impubères. Considérant que, si le pupille « *sui juris* » est présumé jouir de la pleine capacité dès 14 ans, il doit déjà avoir acquis aux approches de cet âge un certain développement intellectuel ils auto-

risèrent les « *pubertati proximi* » à engager les tiers, étant précisé qu'eux-mêmes ne sauraient s'obliger personnellement qu'avec l'autorisation de leur tuteur.

Puis ce tempérament admis, on s'aperçut qu'il ne remédiait que pour un temps trop court à la situation défavorable faite aux impubères. On décida alors d'en faire application à l'« *infantiae proximus* », c'est-à-dire au pupille sortant de l'enfance, qui se vit reconnaître la possibilité d'agir dans les mêmes limites que le « *pubertati proximus* ».

Ainsi fut atténuée graduellement et très logiquement l'incapacité rigoureuse qui frappait les impubères « *sui juris* ».

Nous concevons bien qu'il s'agissait plus pour les Romains de faire entrer, grâce à ces réformes, le patrimoine des impubères dans le commerce juridique, que de leur conférer une véritable capacité, aussi réduite soit-elle ; il n'en est pas moins intéressant de remarquer que dès cette époque lointaine il s'avéra nécessaire de ne pas exclure absolument les enfants de la vie des affaires.

1. — La distinction entre infans, infantiae proximus et pubertati proximus.

Suivant une opinion fondée sur un passage des « *Institutes* » de Théophile (Téoph. Inst., 3, 9, § 10) le pupille demeurait « *infans* » tant qu'il ne pouvait s'exprimer, il devenait « *infantiae proximus* » dès l'âge de deux ans et « *pubertati proximus* » vers sept ou huit ans.

Pour Savigny qui s'appuie sur la loi 18 du Code, Tome XXX, L. VI, l'« *infantia* » n'aurait cessé qu'à sept ans seulement. Selon cet auteur, en effet, il conviendrait de donner au terme « *infans* » un sens plus large que celui que

lui attribue son étymologie, le sens de « celui qui ne comprend pas la valeur des paroles qu'il prononce ». C'est que « l'intention des Romains n'était pas d'avilir les actes juridiques en faisant répéter à un enfant, comme cela peut « quelques fois se faire pour un imbécile, des mots qu'il « n'aurait pas compris. L'enfant devait toujours comprendre le sens de ses paroles, c'est-à-dire agir avec discernement, quand bien même il n'eût pas saisi le motif et le « but de l'affaire » (1).

Pour P. F. Girard, l'« *infans* » était primitivement celui « *qui fari non potest* » et le mot a dû signifier légalement « à l'origine ce qu'il veut dire littéralement. En revanche « à l'époque de Justinien, l'« *infantia* » finit à l'âge fixe « de sept ans, comme l'impuberté à l'âge fixe de quatorze « ans ; « *fari* » signifie donc alors, non pas « parler » mais « prononcer des paroles dont on entend le sens » et on « estime que cela se produit seulement à l'âge de sept ans. « La question est de savoir s'il en était déjà ainsi à l'époque « classique » (2). Et à cette question Girard répond : « il « est peu croyable qu'on eût déjà admis un âge fixe artificiel pour la fin de l'« *infantia*, à l'époque d'Ulpien et de « Gaïus, par exemple, où cet expédient n'était pas encore « admis par tout le monde, pour dispenser de la preuve « autrement délicate de la puberté » ; et plus loin il conclut : « l'idée d'après laquelle l'enfance finit à sept ans est « une idée d'origine grecque, qui apparaît déjà à Rome « chez les littérateurs du début de l'Empire, mais qui est « inconnue aux juriconsultes classiques... et qui n'a peut-

(1) SAVIGNY, *System des heutigen römisch. Rechts*, III, § 107, Berlin, 1840.

(2) Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., p. 217, note 3.

« être été admise comme principe général que par Justien ».

Cette théorie, très nuancée, représente la doctrine classique. Elle nous autorise à conclure qu'en droit ancien et en droit classique, tout au moins, la question de savoir si un enfant devait être ou non considéré comme « *infans* » était une question de fait, abandonnée, ainsi que la qualification des périodes intermédiaires, à l'appréciation du juge.

A l'appui de cette théorie on peut faire valoir, qu'ainsi conçue la règle romaine reste dans une imprécision qui est en parfaite harmonie avec le laconisme habituel des textes anciens ; par ailleurs, si l'on admet pour un instant que les différents moments de l'impuberté étaient rigoureusement définis dans le temps, on conçoit mal comment, en cas de litige et en l'absence de tout état civil, les plaideurs auraient pu préciser l'âge exact du mineur en cause.

Si à cette argumentation, tout de même un peu sommaire, on ajoute que la distinction entre l'« *infantia proximitas* » et la « *pubertati proximitas* » ne présentait d'intérêt qu'en matière de responsabilité délictuelle, le pupille n'étant réputé « *doli capax* » qu'autant qu'il était « *pubertati proximus* », on conviendra que la thèse soutenue par Savigny et P.-F. Girard est très rationnelle puisqu'elle permet au juge de répondre à la question de discernement, sans être lié, comme il le demeure de nos jours, par les prescriptions arbitraires de la loi.

Il apparaît donc comme certain que ce n'est qu'à l'époque post-classique, lorsque le développement de la vie économique rendit nécessaire une plus grande sécurité dans les rapports juridiques que les différentes périodes de l'impuberté reçurent des limites rigoureuses.

II. — Capacité du pupille aux différents moments de l'impuberté :

En droit ancien l'« *infans* » était totalement incapable, il ne pouvait contracter d'obligation sous aucune forme, pas même « *natura* ». Son tuteur, qui ne pouvait passer pour lui les actes solennels de la vie civile, se bornait à administrer ses biens.

Postérieurement, lorsque commença à se dessiner la notion de représentation juridique, on autorisa le tuteur à agir au lieu et place du pupille en vue de conclure certains contrats du droit des gens ; puis, enfin, au cours d'un troisième stade, la Jurisprudence permit à l'« *infans* » lui-même d'accomplir des actes très importants pour lui, tels que l'addition d'hérédité et l'acquisition de la possession.

*
**

L'« *infantiae proximitas* » ne constituait pas, à proprement parler, une période distincte dans la vie du mineur. Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, la distinction entre « *pubertati proximi* » et « *infantiae proximi* » ne présentait d'intérêt qu'en égard à l'imputabilité des délits : l'enfant qui allait atteindre la puberté était réputé pénalement responsable ; la présomption contraire était admise en faveur de l'« *infantiae proximus* » ; au cas où aucune de ces présomptions ne pouvait jouer, le juge appréciait en fait le degré de discernement du sujet.

Mais dans le second état du droit l'« *infantiae proximus* » se vit conférer une capacité analogue à celle du « *pubertati proximus* ».

Quelles étaient les limites de cette capacité commune ?

*
**

Bien que formellement admise la capacité du « *pubertati proximus* » demeurerait assez restreinte, car si on lui accordait l'« *intellectum* », on lui refusait le « *judicium* », c'est-à-dire la faculté d'apprécier la valeur finale des actes accomplis.

Le « *pubertati proximus* » pouvait toujours rendre sa condition meilleure, mais il ne pouvait la rendre pire ; « *jure praelorio* » il pouvait devenir propriétaire, créancier, se libérer d'une charge réelle ou d'une dette, mais il ne pouvait aliéner, devenir débiteur, renoncer à une créance ou à un droit réel ; un contrat unilatéral lui profitant produisait tous ses effets, mais il restait inefficace s'il lui était désavantageux ou simplement s'il lui créait des obligations. Lorsqu'il passait un contrat synallagmatique, le « *pubertati proximus* » engageait son cocontractant, sans s'engager lui-même ; c'est ainsi qu'il acquérait valablement les deniers qui lui étaient versés, sans perdre la créance que le débiteur avait cherché à éteindre.

En pratique et parceque la grande majorité des actes juridiques comportent une réciprocité d'obligations, ce système lui interdisait toute activité véritable ; c'est pourquoi dès le début de l'époque classique on chercha à en atténuer la rigueur en appliquant à la matière la notion d'enrichissement sans cause ; il fut alors admis que le paiement fait au mineur éteindrait la créance dans toute la mesure de l'enrichissement qu'il lui procurait.

SECTION II. — Les Pubères

Arrivé à l'âge de la puberté, le Romain « *sui juris* » accédait à la pleine capacité. Et si les femmes affranchies de la « *patria potestas* » étaient aussitôt placées en tutelle, les

jeunes garçons, dès l'âge de 14 ans, se trouvaient brusquement livrés à eux-mêmes et nantis de pouvoirs illimités.

A l'époque ancienne, la simplicité des rapports juridiques, dissimula longtemps les inconvénients de ce système. Mais dès le milieu du ^{vi}^e siècle de Rome, les abus se multipliant, il fallut songer à le réformer. C'est alors que fut promulguée la loi Plaetoria, qui organisa la protection des mineurs de 25 ans.

Cette loi, de date incertaine, mais qu'un texte de Plaute permet de situer dans la seconde moitié du ^{vi}^e siècle, contenait, selon P.-F. Girard, « deux dispositions et peut-être « une troisième : 1° Elle créait contre celui qui abuserait « de l'inexpérience d'un jeune citoyen en traitant avec lui, « une poursuite publique, (*judicium publicum rei privatae*) « sur laquelle il encourait sans doute une amende et quelques déchéances accessoires. — 2° De plus, elle donnait au « mineur lui-même, contre celui qui l'avait trompé un « moyen civil » (1). Dans l'ancienne procédure, toujours d'après Girard, ce moyen devait être « une action en « recours, permettant au mineur obligé d'exécuter l'engagement dolosif, de répéter ensuite soit ce qu'il avait livré, « soit peut-être un multiple de sa prestation ». Lors de l'introduction de la procédure formulaire, il prit la forme d'une exception.

La troisième disposition contenue dans la loi Plaetoria, enfin, donnait au mineur la faculté de se faire assister d'un curateur.

Ces mesures, bien que marquant un progrès réel sur l'état antérieur du droit, ne constituaient qu'un régime de protection insuffisant, car les deux premières notamment

(1) P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8^e éd., p. 219.

ne pouvaient jouer qu'au cas où l'intéressé avait été victime d'un dol.

Le prêteur intervint alors et décida que chaque fois que le mineur avait contracté un engagement susceptible de le lèser, la « *restitutio in integrum* » lui serait accordée. Notons d'ailleurs que la décision nouvelle n'engendrait pas une incapacité semblable à celle dont étaient frappés « *jure civile* » le pupille et le prodigue. En effet, tandis que ces derniers avaient la possibilité de faire annuler leurs actes en prouvant simplement que l'opération visée devait rendre leur condition pire, les mineurs de 25 ans demeuraient, en principe, capables et la restitution ne leur était accordée que « *cognita causa* » ; en outre l'exercice de ce recours était enfermé dans certains délais.

En dépit des limitations ainsi apportées à son champ d'application, l'institution, à raison de son caractère de généralité, constituait pour les cocontractants éventuels des mineurs une nouvelle source de défiance. C'est alors que ces derniers, pour restaurer leur crédit une seconde fois compromis, cherchèrent à obtenir plus fréquemment l'assistance d'un curateur, bien qu'elle ne fit nullement obstacle, le cas échéant, à la mise en œuvre de la restitution et qu'elle ne procurât aux tiers qu'une garantie de fait.

A l'origine la curatelle n'intervenait que facultativement ; elle ne jouait que sur la demande du mineur, à titre de mesure temporaire, spéciale à chaque acte isolé. Puis sous l'Empire elle devint générale et obligatoire.

Ce progrès se réalisa grâce aux particularités suivantes : le mineur lorsqu'il désirait obtenir l'assistance d'un curateur pouvait, soit le choisir lui-même, soit demander au prêteur de lui en nommer un, mais dans cette seconde hypothèse, la personne désignée était tenue de rester en

fonction jusqu'à la majorité de son pupille, c'est-à-dire jusqu'à 25 ans ; en outre, très tôt, on décida qu'une semblable assistance serait nécessaire à ce dernier tant pour agir en justice que pour recevoir un paiement ou donner décharge du compte de tutelle.

Observons, cependant que cette généralisation de la curatelle ne se fit que lentement. Selon Girard l'institution demeura facultative jusqu'à l'époque des Sévères ; et ce n'est que sous le règne de Dioclétien, que dans certaines provinces, elle aurait été imposée à tous les mineurs (édit du préfet d'Egypte — 287 ap. J. C.) (1).

La lenteur de cette évolution obligea longtemps les interprètes à distinguer entre les mineurs pourvus de curateurs et ceux qui ne l'étaient pas. Ces derniers, qui avaient conservé une pleine capacité, demeuraient protégés par la « *restitutio in integrum* » lorsqu'ils avaient été lésés ; à l'inverse, les premiers, de beaucoup les plus nombreux, s'étaient vu replacés dans une situation analogue à celle de l'impubère en tutelle ; ils ne pouvaient faire leur condition pire sans le « *consensus* » de leur curateur et ils pouvaient invoquer leur incapacité même lorsqu'ils n'avaient pas été victimes d'un dol ou d'une lésion. Par exemple ayant acheté à un prix normal un esclave qui mourait quelques jours après d'un accident, ils pouvaient demander la nullité de la vente. Les contrats qu'ils passaient du consentement de leur curateur étaient en principe valables, mais pouvaient néanmoins faire l'objet d'une « *restitutio in integrum* », si en fait ils étaient lésionnaires. « Ainsi, comme le remarquent très justement MM. Colin et Capitant (2),

(1) Cité par GIRARD, *Manuel élém. de Droit romain*, 8^e éd., p. 253.

(2) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 8^e éd., t. I, n^o 553.

« la restitution *in integrum* qui avant l'établissement de la
« curatelle avait pour but de protéger le mineur contre
« sa propre inexpérience, c'est-à-dire contre les actes passés
« par lui-même, est devenue une garantie contre la négli-
« gence ou l'imprudence du curateur qui conclut un con-
« trat préjudiciable aux intérêts du mineur ».

Mais ce nouveau régime, en reculant d'une manière excessive l'accession à la pleine capacité, engendrait les inconvénients inverses de ceux auxquels on avait voulu remédier en promulguant la loi Plaetoria ; il gênait considérablement les relations d'affaires et interdisait pratiquement tout commerce juridique aux jeunes gens, avant l'âge de 25 ans.

Pour leur permettre de recouvrer le minimum de capacité indispensable à la restauration de leur crédit les Empereurs créèrent une dispense d'âge, la « *venia aetatis* », qui fut réglementée par une constitution de Constantin. La « *venia aetatis* » était une faveur accordée par l'Empereur aux hommes âgés de 20 ans et aux femmes âgées de 18 ans qui s'en montraient dignes par la régularité de leurs mœurs et leur expérience des affaires. Comme notre moderne émancipation, elle procurait à ceux qui en bénéficiaient une demi-capacité ; seules les aliénations immobilières, les constitutions d'hypothèque et les donations leur restaient interdites en dehors de l'intervention d'un décret ; par contre, l'obligation de se faire assister par un curateur dans l'accomplissement des actes de la vie civile leur était épargnée ; par ailleurs ils ne pouvaient plus demander la restitution des engagements par eux contractés, même si ceux-ci rendaient leur condition pire.

Telle fut, très rapidement esquissée, l'évolution du droit romain relativement à la capacité des mineurs « *sui juris* ». Elle se caractérise essentiellement par le renversement du fondement de la capacité : reposant uniquement, à l'origine sur le degré de développement physique de l'individu, celle-ci se vit, en effet, assigner, dès la fin de l'époque classique, une base infiniment plus évoluée et plus exacte, la notion de développement intellectuel.

En dépit de la rigidité des principes posés par le très ancien droit, cette évolution, très caractéristique devait bénéficier également aux « *alieni juris* ».

CHAPITRE II

LES « ALIENI JURIS » (1)

Comme nous l'avons indiqué précédemment, à l'époque ancienne les enfants en puissance étaient soumis à un véritable droit de propriété ; la « *patria potestas* » comportait, en effet, la plupart des attributs de ce droit et notamment le « *jus vitae necisque* » et le « *jus vendendi* ». On trouve des traces évidentes de ce « *dominium* » primitif dans le fait que, très longtemps, (jusqu'au début de l'époque classique) le fils put faire l'objet d'un « *furtum* » ou d'une revendication intentée par son « *pater* » ; notons encore que la possibilité pour ce dernier d'acquérir par l'intermédiaire de ses fils semble bien pouvoir s'analyser, en définitive, comme une sorte d'accession.

Dépourvus de droits publics et politiques, ne pouvant exercer du vivant de leur père aucun droit de puissance, incapables de s'obliger et d'agir en justice, les « *alieni juris* » ne pouvaient être titulaires d'aucun patrimoine actif ou passif. Toutefois, leur situation n'était pas en tout point comparable à celle des esclaves, car le droit de copropriété latent sur les biens de la « *domus* » que leur conférait la conception du régime foncier, alors en vigueur, impliquait à leur profit l'existence d'une certaine personnalité juridique en puissance.

(1) Nous n'envisageons ici que la situation du *filius familias*.

A ce système primitif se substitua rapidement un régime plus affiné, dans lequel le droit du « *pater familias* » sur sa descendance cessa de s'identifier avec le « *dominium* » auquel les esclaves restaient soumis.

Cette première évolution entraîna au profit du fils de famille la reconnaissance au moins indirecte de la personnalité juridique et l'octroi d'une certaine capacité ; en effet toutes les fois que le « *jus adquirendi* » du « *pater* » n'était pas en jeu, le « *filius familias* » put agir valablement : c'est ainsi, par exemple, qu'il put régulièrement acquérir une créance par adstipulation. Et Gaius, qui nous rapporte cet exemple (1), ajoute que la créance ainsi acquise pouvait donner lieu à une action, après l'extinction de la puissance paternelle. Du point de vue passif il fut également admis, dès la fin de l'époque républicaine, que le « *filius* » pourrait valablement s'obliger tant par ses contrats que par ses délits, défendre en justice à raison de ses dettes et même faire l'objet d'une action *judicati*. Par contre son incapacité patrimoniale active se renforça, car avec la disparition de la notion de copropriété familiale, le droit latent de copropriétaire dont il était titulaire s'était évanoui.

Puis vint l'époque des grandes conquêtes et la prodigieuse intensification de la vie économique, une fois de plus les règles de droit cessèrent de répondre aux besoins de la pratique et une fois de plus le prêteur intervint. Pour remédier aux inconvénients que présentait l'incapacité patrimoniale des « *alieni juris* », il créa un ensemble de moyens de procédure destinés à permettre aux tiers, ayant contracté avec une personne en puissance d'obtenir de son

(1) GAIUS, *Commentaire* 3, § 144.

« *pater familias* » le paiement de ce qui leur était dû ; ces moyens de procédure sont groupés par les romanistes sous le nom d'« *actiones adjecticiae qualitalis* » ou actions à transpositions de personne.

Parmi elles, les actions « *institoria* », « *exercitoria* », et « *quod jussu* » portaient condamnation « *in solidum* », c'est-à-dire qu'elles permettaient aux tiers, cocontractants de l'« *alieni juris* », de réclamer au « *pater* », de ce dernier l'intégralité de la somme dont ils étaient créanciers.

L'action « *exercitoria* » était accordée aux personnes ayant contracté avec le « *subjecti* » auquel avait été confiée la gestion d'un commerce maritime ; l'action « *institoria* » était accordée, dans les mêmes circonstances, lorsqu'il s'agissait d'un commerce terrestre. Ces deux premières actions pouvaient être intentées contre le « *pater* », même au cas où le gérant du commerce était, non pas une personne soumise à sa puissance, mais un autre homme libre, ou le fils ou l'esclave d'autrui.

L'action « *quod jussu* », au contraire, ne pouvait être donnée qu'à propos des contrats passés par des personnes soumises à la puissance du « *pater* » et lorsque ce dernier s'était engagé par un « *jussus* » à garantir l'exécution de telle ou telle obligation.



Les autres moyens de procédure élaborés par le prêteur mettaient en jeu l'institution du pécule ; nous indiquerons brièvement ce qu'ils étaient avant de passer à l'étude de cette importante institution et des systèmes complémentaires que sont les Biens adventices et les Biens adventices extraordinaires.

L'action « *de peculio vel de in rem verso* » était donnée à raison des contrats passés par l'« *in potestate* », en dehors de toute « *praepositio* » ou de tout « *jussus* » du « *pater* ». Elle permettait aux cocontractants de l'« *alieni juris* » de contraindre celui-ci à s'exécuter dans la mesure du pécule ou jusqu'à concurrence de l'enrichissement que les opérations envisagées lui avaient procuré. Après l'extinction de la *patria potestas* elle pouvait encore être donnée, dans les mêmes conditions, pendant toute une année utile ; elle prenait alors le nom d'action « *annalis de peculio* ».

Dans un autre ordre de faits, au cas où le « *filius* » ayant affecté du consentement de son « *pater* » tout ou partie de son pécule à une entreprise commerciale, tombait au-dessous de ses affaires, le prêteur autorisait les tiers créanciers à se faire payer, au prorata de leurs créances, sur les biens ainsi affectés au commerce.

1. — *Le pécule des personnes en puissance* (1) :

Le pécule est né d'une pratique des chefs de famille, qui pour encourager le zèle de leurs esclaves, avaient pris cou-

(1) Bien que les pouvoirs accordés au « *filius familias* » sur les biens composant les pécules « *castrens* » et « *quasi castrens* » fussent plus larges que ceux qui lui étaient reconnus sur les biens inclus dans le pécule « *profectice* ». Nous n'envisagerons pas ici ces deux institutions spéciales, car, au total, elles n'étaient que d'un usage assez exceptionnel.

Notons cependant que ces trois catégories de « *bona* » ont connu une évolution analogue :

1° le pécule « *castrens* » : Avant Justinien, le fils de famille n'était considéré que comme « *quasi dominus* » du pécule *castrens* ; il ne pouvait avoir d'héritiers légitimes et à sa mort les biens faisaient retour à son pater, « *jure peculii* ». Justinien, en décidant que le fils pourrait avoir des héritiers, lui accorda la pleine propriété de ce pécule, avec tous les attributs attachés à ce titre : possibilités de mancipier, de stipuler, d'ester en justice, de participer à une « *adjudicatio* » ou à une « *in jure cessio* »

tume de leur abandonner quelques têtes du troupeau dont ils avaient la garde. Les conditions économiques s'étant transformées, cette pratique elle-même évolua en se généralisant et il devint d'usage fréquent de remettre tant aux esclaves qu'aux fils de famille une somme d'argent déterminée, grâce à laquelle ceux-ci devaient pourvoir à leur entretien.

Mais il est faux de soutenir, comme le fit Ihering, que, dès cette époque ancienne, le pécule constituait un patrimoine mobilier servant à l'exploitation d'une fraction des biens immeubles du maître. Ce n'est que plus tardivement qu'il prit ce caractère et put véritablement servir de fonds de roulement à l'entreprise dirigée par l'« *alieni juris* ».

L'édit du prêteur, le célèbre édit « *de peculio* », en réglant toute la matière, éleva ces usages au rang d'institutions juridiquement définies. Cet important progrès ne se réalisa d'ailleurs pas sans difficultés, car s'il s'était avéré urgent d'ouvrir un champ d'activité réel aux « *alieni juris* », il convenait d'autre part de ne pas heurter de

sans autorisation du pater, possibilité d'emprunter de l'argent, en dépit de la prohibition formulée par le sénatus-consulte macédonien, possibilité, enfin, de disposer du pécule par voie testamentaire ; en outre, il fut décidé que le pater ne pourrait plus désormais qu'augmenter le pécule ou en améliorer la consistance ;

2° le pécule « quasi-castrens » : création de Constantin, ne bénéficiait à l'origine qu'aux officiers du Palais ; il ne comprenait que les émoluments et les économies de ces fonctionnaires. Par la suite, des constitutions de Théodose et Valentinien, d'Honorius et de Justinien autorisèrent toutes les personnes recevant un traitement public et demeurées « *alieni juris* » à se constituer un semblable patrimoine. Les règles régissant le pécule « quasi castrens » étaient les mêmes que celles qui s'appliquaient au pécule « castrens », sauf cette différence, effacée par Justinien, consistant en ce que le « *filius* » ne pouvait disposer par testament du pécule « quasi castrens ».

front les règles fondamentales du droit civil. Ces considérations expliquent que tout le droit du pécule apparaisse comme le résultat d'un compromis entre les deux tendances, bien caractéristiques de l'esprit romain : le sens pratique et le respect des traditions.

Dans sa conception première, le pécule était considéré comme une sorte de patrimoine d'affectation, ayant sa source dans la « *voluntas domini patrisve* » ; tous ses éléments constitutifs, tant actifs que passifs, faisaient partie intégrante du patrimoine du « *pater familias* ». Plus tard, Marcellus et à sa suite de nombreux jurisconsultes, guidés par des raisons d'utilité pratique, tentèrent de soutenir que le pécule était fondé non pas sur la « *concessio peculii* » consentie par le *pater*, mais sur une certaine capacité, s'attachant de plein droit à la personne du *subjectus*.

Cette doctrine, beaucoup trop audacieuse pour l'époque ne fut jamais admise, car elle heurtait trop violemment les règles traditionnelles faisant interdiction aux personnes en puissance d'être titulaires de « *bona* », et par suite la capacité, qui fut reconnue aux « *alieni juris* » relativement à leur pécule, ne fut jamais qu'une capacité de second ordre : la capacité pécuniaire.

Cette capacité variait d'ailleurs selon les termes de la « *concessio* » ; elle atteignait son plus grand développement lorsque cette dernière avait été faite « *cum libera administratione* ».

Dans cette hypothèse le fils se voyait conférer non seulement l'administration du pécule, mais encore le droit d'en aliéner à titre onéreux les différents éléments. A ce titre la stipulation, la promesse et le pacte de constitut lui étaient permis ; il pouvait valablement recevoir un paiement opérer une novation ou une délégation, contracter

une société, donner en gage ou hypothéquer les biens composant le pécule, mais seulement au bénéfice des créanciers de ce dernier ; il pouvait encore consentir un prêt, mais il ne pouvait emprunter, le senatus-consulte macédonien s'y opposant formellement ; en outre et d'une manière générale, il ne pouvait disposer du pécule à titre gratuit, que ce soit entre vifs ou à cause de mort, mais le consentement paternel pouvait l'y habiliter. En cas de litige, le *filius* avait bien capacité pour compromettre, mais il ne pouvait ester en justice, car au regard du « *jus civile* » il n'était investi d'aucun droit de propriété ou de créance ; toutefois, de graves difficultés pratiques, notamment au cas d'absence ou d'empêchement du *pater*, s'étant présentées, on revint assez tôt sur cette conception rigoureuse et on lui accorda le droit d'intenter seul certaines actions de caractère personnel accentué, comme les actions « *injuriarum* » et « *quod vi aut clam* » et les actions « *depositi* » et « *commodati* » ; ce progrès fut techniquement rendu possible grâce à l'utilisation de la formule « *in factum* », laquelle dans le dernier état de la législation permit au *filius* d'exercer toute espèce de droits litigieux.



Bien que les pouvoirs ainsi consentis au « *filius* » aient été très vastes et d'une grande importance pratique, en droit, seul le « *pater* » pouvait se prévaloir du titre de propriétaire du pécule et en retirer le bénéfice à ceux à qui il l'avait accordé. C'est assez dire que l'absolutisme de la « *patria potestas* » demeurait entier, au moins théoriquement.

Et effectivement ce n'est que beaucoup plus tard, sous le règne de Constantin, lors de la création des biens adven-

tices, que la première atteinte juridiquement caractérisée fut portée au principe de l'incapacité des « *alieni juris* ».

2. — *Les Biens adventices :*

Ayant compris qu'il était inéquitable que le « *pater* » pût, grâce au système des pécules, tirer profit du travail de ses enfants, Constantin voulut autoriser ces derniers à se constituer un patrimoine propre ; dans ce but, en 316, il créa le pécule adventice ; mais comme il ne pouvait songer à retirer brutalement au chef de famille toute participation à l'activité juridique des personnes placées sous sa puissance, pas plus d'ailleurs qu'à accorder de pleins pouvoirs d'administration et de disposition à des individus souvent fort jeunes, il fut obligé d'organiser le statut de cette institution sur la base d'un compromis ; et il décida que le « *filius* » serait déclaré propriétaire des biens adventices, mais que le père en conserverait l'usufruit jusqu'à l'extinction de la puissance paternelle.



A l'origine le pécule adventice ne comprenait que les biens recueillis par les enfants dans la succession de leur mère, soit par testament, soit « *ab intestat* ». En 395, les empereurs Honorius et Arcadius y firent entrer les « *bona ex materna linea* », c'est-à-dire tous les biens provenant des ascendants maternels à quelque titre que ce fût. En 426 Théodose et Valentinien permirent à l'époux, resté sous la puissance paternelle, de recueillir les biens que lui avait légués ou donnés son conjoint ; en 439 les mêmes empereurs décidèrent que les libéralités faites par un conjoint passeraient à la mort de l'époux en puissance, à ses propres enfants « *jure hereditatis* ». Enfin en 471, Léon et

Anthémius déclarèrent que les donations entre fiancés seraient assimilées à celles que se faisaient les époux et feraient également partie du pécule adventice du donataire.

Jusqu'à l'époque de Justinien les autres biens restèrent soumis au régime général ; mais cet empereur, généralisant l'idée primitive de Constantin, décida que toutes les acquisitions faites par les enfants autrement que « *ex substantia patris* » seraient comprises dans le pécule adventice.



Comme nous l'avons indiqué précédemment le père administrait et jouissait librement du pécule adventice ; il était même dispensé de fournir caution, de faire inventaire et d'une manière générale de se soumettre aux obligations de l'usufruitier ordinaire.

Mais dans certaines hypothèses le « *filius* » avait la possibilité d'intervenir personnellement dans la gestion du « *pater* » ; il devait être consulté, notamment sur le parti à prendre lorsqu'une hérédité, devant tomber dans ce pécule lui était déférée.

Bien évidemment, le « *pater* » ne pouvait ni aliéner, ni hypothéquer les biens adventices ; toutefois cette faculté lui était reconnue, en cas de besoin urgent pour procurer des aliments aux siens ou à lui-même ou lorsqu'il s'agissait de biens susceptibles de se détériorer.

Les droits du fils, du vivant du « *pater* », étaient purement nominaux ; en effet il ne pouvait ni aliéner, ni engager le pécule adventice sans le consentement du chef de famille, ni même en disposer par voie de testament ; mais, progrès, dont on mesure aisément toute la portée, pour la première fois il se voyait proclamé véritable propriétaire,

pour la première fois la personnalité juridique lui était ouvertement reconnue.

Aussitôt cette étape franchie l'évolution se précipita et presque immédiatement le « *filius* » se vit accorder un droit de propriété complet sur certains biens déterminés, qui sont connus sous le nom de biens adventices extraordinaires.

3. — Les Biens adventices extraordinaires :

Les biens adventices extraordinaires comprenaient :

1° les biens composant le pécule adventice ordinaire, lorsque le père renonçait à son usufruit ;

2° les biens recueillis par le fils de famille dans la succession d'un frère ou d'une sœur, succession qui aux termes de la Nouvelle 118, chap. 2, se partageait entre le père et ses enfants ;

3° les successions que le fils acceptait à ses risques et périls, malgré son *pater*, mais toutefois avec l'autorisation du juge, s'il était mineur ;

4° les libéralités faites au fils, lorsqu'il était spécifié que le *pater* n'en aurait pas l'usufruit ;

5° les biens donnés au père, à charge de les restituer à son fils, lorsqu'il contrevenait au fideïcommis qui lui était imposé ;

6° les biens attribués au fils, quand les parents divorçaient sans motifs légitimes.

Sur tous ces biens l'« *alieni juris* » avait un droit de propriété complet ; il les administrait et pouvait en disposer librement, s'il était « *plenae aetatis* » ; or, par une curieuse transposition des règles applicables aux « *sui juris* », on admettait, dans le droit du Bas-Empire que le « *filius* » remplissait cette condition dès qu'il avait atteint l'âge de

25 ans ; au cas contraire une autre personne, son père, son tuteur ou un curateur administrerait pour lui. Précisons encore qu'il pouvait disposer du pécule extraordinaire par donation à cause de mort, mais non par voie testamentaire et enfin que, par respect pour la puissance paternelle, il était tenu d'obtenir le consentement de son « *pater* » pour intenter ou défendre aux actions intéressant cette catégorie de biens.

Tels furent les principaux stades d'évolution et les principales institutions qui conduisirent à l'affirmation de la personnalité juridique des « *alieni juris* ».



Au terme de cette brève étude, qui, nous le répétons encore, est sans aucune prétention scientifique, il apparaît que, tout au long de l'histoire du droit romain, la préoccupation essentielle des interprètes fut d'atténuer la rigueur des règles archaïques et de pallier les inconvénients qu'elles suscitaient ; dans ce but ils se firent les promoteurs de l'évolution que nous nous sommes efforcés de retracer.

Cette évolution se fit dans deux sens opposés : elle tendit, d'une part, à restreindre les pouvoirs exagérés accordés aux « *sui juris* » n'ayant pas encore atteint leur plein développement physique et intellectuel et, d'autre part, à parer aux inconvénients résultant de l'absolutisme de la « *patria potestas* ».

Dans le premier sens les réformes s'effectuèrent rapidement, car il importait de protéger au plus vite les intérêts familiaux, trop rapidement même, puisqu'elles provoquèrent la ruine du crédit du jeune citoyen, obligeant ainsi

le législateur à nuancer le régime en vigueur par l'institution de la « *venia aetatis* ».

Relativement aux « *alieni juris* » l'évolution fut moins rapide, mais infiniment plus caractéristique puisqu'elle aboutit, en fait, à la création d'une personne juridique nouvelle.

★★

Toutes ces remarques, qu'elles concernent le rythme ou les conclusions de l'évolution précédemment retracée, doivent être, pour nous, pleines d'enseignements, car le problème que pose actuellement le statut des mineurs, en droit français, est analogue à celui qui se posait en droit romain.

Comme à Rome, en effet, nous nous trouvons aujourd'hui en présence de règles positives et impératives, qui par suite de transformation des conditions sociales et économiques, ont cessé de satisfaire aux nécessités de la pratique juridique. Leur réadaptation s'impose. Pouvons-nous dans ce but nous inspirer de la méthode et des solutions romaines ? Telle est encore une des questions qu'il nous appartiendra de résoudre au cours de ce travail.

TITRE II. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I

PAYS DE DROIT ECRIT

SECTION I. — Situation des « Sui Juris »

Reprenant l'idée romaine primitive qui fondait la capacité sur le développement physique de l'individu, les coutumes particulières des pays de droit écrit considéraient les individus pubères comme pleinement capables. Ainsi l'ancienne coutume de Toulouse décidait, notamment, que le « *sui juris* », majeur de 14 ans, pouvait non seulement s'obliger, mais encore ester en justice, aliéner ses biens, recevoir le compte de tutelle sans aucune assistance (1).

La Curatelle n'était à l'époque que très exceptionnellement utilisée ; parfois cependant, nous indique la coutume de Toulouse, les consuls de la ville dotaient l'adolescent d'un curateur, spécialement lorsqu'il s'était révélé inapte aux affaires.

Sous l'influence de la pratique, ce système qui laissait

(1) *Consuetudines THOLOSE*, t. IV ; « De Minoribus viginti quinque annorum », 7.

une liberté excessive et prématurée au pubère, fut progressivement délaissée. Et il devint de jurisprudence constante dans les Parlements du Midi de la France de casser les sentences rendues contre un mineur (1), à qui il n'avait pas été nommé préalablement un curateur (2).

La possibilité d'aliéner ses biens librement lui fut également très tôt retirée : restriction qui s'explique aisément par l'intangibilité des solutions historiques admises en la matière ; dès le xvi^e siècle la validité des aliénations immobilières fut subordonnée non seulement au consentement du curateur mais encore à l'autorisation de justice (3). Cette disposition, moyennant quelques variantes, fut adoptée tant en Pays de Droit écrit qu'en Pays de coutumes, et nos anciens auteurs admettaient unanimement qu'au cas d'omission des formalités prescrites l'opération était frappée de nullité : nullité relative, dont seul le mineur pouvait se prévaloir, mais qui, particularité remarquable, ne se prescrivait que par 30 ans et que le mineur, devenu majeur, ne pouvait couvrir par aucune ratification.

Notons enfin que pour compléter cet ensemble de mesures restrictives de la capacité du *sui juris* pubère, on lui retira le droit de recevoir seul un paiement : le débiteur se libérant au mépris de cette disposition était réputé avoir mal payé, il restait obligé sans pouvoir opposer le paie-

(1) Ce terme étant ici employé dans son sens moderne.

(2) Toutefois il était possible de poursuivre pénalement le pubère non assisté : les ordonnances d'août 1539 (art. 162) et de 1670 (titre XIV, art. 8) ayant décidé que les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, seraient tenus de comparaître et de répondre personnellement.

Guy Pape : Jurisprudence ou décisions traduites avec des remarques de CHORIER (Lyon, 1692, p. 286).

(3) Ordonnance de François I^{er}, du 1^{er} août 1539, art. 134.

ment déjà effectué : cependant après avoir éteint sa dette une seconde fois, il pouvait agir contre le mineur à raison de l'enrichissement sans cause qu'il lui avait procuré : il pouvait également se soustraire à l'obligation de payer deux fois en prouvant que le premier paiement avait effectivement profité à l'incapable.

Puis, parallèlement à ce qui s'était produit en droit romain, la nécessité se fit sentir de réintégrer les biens des mineurs dans le commerce juridique ; dans ce but on eut à nouveau recours à l'institution de la curatelle ; mais on la reprit sous sa forme la moins évoluée c'est-à-dire qu'on dota le mineur d'un curateur spécial, le curateur « autorisant » pour chaque acte isolé. Et ce n'est que plus tardivement, par suite de l'adjonction d'une présomption de lésion à certains actes importants, comme l'acceptation d'hérédité et l'emprunt, que l'utilisation de ce mode d'habilitation se généralisa et qu'on en vint, pour des raisons de simple commodité, à désigner au mineur un curateur général, restant en fonction jusqu'à sa pleine majorité, laquelle, par application des règles romaines, fut fixée à 25 ans.

Au total, à l'issue de cette évolution la situation juridique des « *sui juris* » dans les Pays de droit écrit se présentait, dans ses grandes lignes, comme suit :

les impubères : étaient placés en tutelle ; il était extrêmement rare qu'ils eussent des rapports contractuels avec des tiers, car en principe c'étaient leurs tuteurs qui agissaient à leur place, ce qui leur était devenu possible, notre ancien droit n'ignorant rien du principe et du jeu de la représentation juridique. Si cependant de semblables rapports s'établissaient, les conventions passées se voyaient dénier toute efficacité, si l'impubère était âgé de moins de

sept ans, c'est-à-dire si, selon la conception justinienne, il s'agissait d'un « *infans* ». Si, au contraire, il avait dépassé cet âge, on considérerait conformément aux règles romaines, les actes rendant sa condition meilleure comme valables ; mais il est à noter que dans cette dernière hypothèse, les conséquences de l'incapacité relative de l'impubère n'étaient plus exactement les mêmes qu'à Rome : il résultait en effet de la maxime « voies de nullité n'ont pas lieu en France » qu'il était tenu pour se voir délier de ses obligations, non seulement d'invoquer son incapacité, mais encore d'établir que les actes attaqués l'avaient constitué en perte.

les mineurs pubères, non pourvus d'un curateur général : les personnes de cette catégorie ne pouvaient accomplir les actes les plus importants de la vie juridique qu'avec l'assistance d'un curateur autorisant ; il en était ainsi notamment pour les aliénations d'immeubles (qu'elles s'opèrent par vente, échange ou transaction), les constitutions d'hypothèques, de réception du compte de tutelle, le paiement de capitaux, l'acceptation d'une succession et le droit d'ester en justice. Les actes de gravité moindre, tels que les achats d'immeubles, pouvaient être valablement accomplis par le mineur seul, toutefois ils restaient rescindables pour cause de lésion.

En définitive, l'accession à la puberté avait pour conséquence capitale de placer le mineur à la tête de ses affaires, en lui accordant pleine capacité pour administrer ses biens ; à ce titre il pouvait notamment percevoir les revenus de ses immeubles et, disposer de ses biens meubles. Précisons à ce propos, qu'en pratique, la situation n'était pas aussi simple que nous semblons l'indiquer, car les différentes coutumes et les auteurs ne se faisaient pas tous

la même conception de l'acte d'administration ; tandis que Fromenthal, par exemple, affirmait que le mineur pubère peut sans formalité donner ses immeubles à ferme, Denisart, à l'inverse relate qu' « en pays de droit écrit et en « Normandie, les baux à ferme des biens des mineurs ne « peuvent être faits qu'en Justice, après trois publications, « comme ceux des biens d'Eglise » (1).

les mineurs pubères, pourvus d'un curateur général :
Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, le mineur pubère, pour de simples raisons de commodité, choisissait fréquemment, lui-même, un curateur général ; en outre d'après Maynard (2), le juge semble avoir eu la possibilité de lui en désigner un, d'office, lorsqu'il se révélait incapable de gérer sainement son patrimoine ou, plus simplement, lorsque ce dernier était très important.

En principe, la capacité du mineur pourvu d'un curateur général (ou curateur « comptable ») était la même que celle du mineur pourvu d'un simple curateur « autorisant ». Et ce n'est qu'à la suite de fausses interprétations des textes romains que certains auteurs avaient cru pouvoir soutenir que les actes faits par le premier, en dehors de l'assistance de son curateur, étaient nuls, tandis que ceux accomplis par le second n'étaient que rescindables pour cause de lésion.

(1) DENISART, *Collection des décisions nouvelles*, 8^e éd., Paris, 1773, t. III, v^o Mineurs, 57.

(2) MAYNARD, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, t. II, chap. LV : « Je crois néanmoins qu'il est permis au juge, selon l'exigence des cas, de donner un curateur au mineur... quoiqu'il ne soit ni prodigue, ni furieux, comme par exemple lorsque le patrimoine du mineur consiste en argent ou en meubles et qu'il y a danger de dissipation, ou lorsque le mineur n'est pas propre aux affaires. »

La grande majorité de la doctrine repoussant cette distinction dénuée de tout fondement consacra formellement et sans réserve la règle « *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam laesus* ».

A ces solutions de principe qu'il ne faut d'ailleurs tenir pour vraies que sous réserves de divergences locales, la jurisprudence apporta certaines exceptions, mais toutes de portée très limitée ; c'est ainsi, par exemple, que les Parlements de Provence et de Toulouse déclarèrent irrecevable la demande en restitution formulée par un mineur pubère contre une obligation contractée en vue de la satisfaction d'un besoin nécessaire ou lorsqu'il avait à sa disposition une autre voie de recours.

SECTION II. — Situation des « *alieni juris* »

Les « *alieni juris* » étaient en pays de droit écrit, comme à Rome frappés d'une incapacité absolue. Toutefois, les rigueurs de la « *patria potestas* » s'étaient atténuées et ces personnes se virent, encore plus aisément qu'en droit romain, confier l'administration de certaines catégories de biens, qu'elles étaient libres d'affecter à la création ou au développement de telle ou telle activité juridique.

Par ailleurs elles pouvaient se faire émanciper. Cette émancipation, qui était soit expresse, soit tacite, (elle pouvait en effet résulter, en particulier de la séparation d'habitation volontaire, prolongée pendant 10 ans) avait pour effet de faire sortir le fils de la puissance de son père et de lui procurer une situation analogue à celle du mineur « *sui juris* ».

CHAPITRE II

PAYS DE DROIT COUTUMIER (1)

Les lois germaniques qui sont l'une des sources essentielles du droit coutumier, ne contenaient pas de disposition fixant, d'une manière précise, l'âge de la majorité. Mais on y rencontre certaines indications qui sont suffisantes pour nous permettre d'affirmer qu'elles accordaient, assez tôt, aux mineurs une certaine capacité juridique ; c'est ainsi, notamment, que dans la loi Salique, il était stipulé que les peines du meurtre varieraient du simple au triple suivant que la victime aurait ou non atteint l'âge de 12 ans, particularité qui semble bien indiquer, qu'à l'époque on considérait le jeune homme comme ayant atteint à cet âge, un développement physique et intellectuel suffisant pour assurer sa propre sauvegarde. C'était également à 12 ans que ce même droit salique permettait au mineur de défendre en justice ; le droit des Ripuaires, plus libéral, l'autorisait à agir tant en demandant qu'en défendant, dès l'âge de 15 ans.

De nombreuses autres lois barbares édictant des dispositions analogues (2), on peut admettre, avec quelque vrai-

(1) Nous n'envisageons dans ce chapitre que la situation normale faite aux « sous-âgés » et nous laissons délibérément de côté tant l'étude des divers modes de protection des mineurs (garde bourgeoise, bail) que celle des règles spéciales aux mineurs nobles.

(2) Voir Jacques FLACH, *Etude historique sur la durée et les effets de la minorité*, Paris, 1870, p. 46 et suiv.

semblance, que l'état d'incapacité totale, en droit germanique, cessait aux âges indiqués ci-dessus, c'est-à-dire entre 12 et 15 ans.

Cette première majorité de 12 ou 15 ans fut introduite en Gaule vers le v^e siècle de notre ère, à l'époque des grandes invasions (1).

Mais très vite, par une réaction symptomatique, la limite de 15 ans sembla recueillir les préférences et seule elle se généralisa, ce qu'explique son identité presque absolue avec la limite fixée à la puberté romaine.

De nombreux textes coutumiers se sont faits l'écho de cette évolution. On peut lire, par exemple, dans les « Etablissements de Saint Louis » de 1270 (2) : « Home constumer, si est bien aagié, quand il a passé xv ans, d'avoir sa terre, et de tenir service de seigneur, et de porter garantise ». Le « Livre de Jostice et de Plet » précise que le mineur de 15 ans est incapable de vendre, acheter, contracter, de « respondre », de « porter garentie », et de tester. Beaumanoir enfin écrit dans son célèbre commentaire des coutumes de Beauvaisis (3) : « tant qu'ils sont sous aage de quinze ans, ils sont enfant, ne'en eus ne pot avoir sapience ».

En ce qui concerne les femmes les « Assises de Jérusalem » nous apprennent que seul le mariage pouvait mettre

(1) *Lex Burgundiorum*, tit. 87, n° 1-3 (WALTER, *Corpus juris germanici*, 1824, I, p. 343) ; *Lex Wisigothorum*, liv. IV, tit. III, chap. I (WALTER, I, p. 501).

(2) Etablissements de Saint-Louis, Liv. I, chap. 142 (*Recueil général des anciennes lois françaises*, par ISAMBERT, II, p. 541-542), cité par J. FLACH, *op. cit.*, p. 51, note 4.

(3) Philippe DE BEAUMANOIR, *Des coutumes et usages de Beauvoisis*, chap. XLI, n° 12, II, p. 154, éd. BEUGNOT, Paris, 1842.

un terme à l'état de minorité, or elles ne pouvaient se marier avant l'âge de 12 ans.

En définitive et sous réserve de particularités locales, il semble bien que dès le début du ^{xiv}^e siècle, le point de départ de la majorité roturière ait été uniformément fixé à 14 ans pour les hommes et à 12 ans pour les femmes. C'est ce que nous indiquent, en particulier, l'article 47 de la coutume de Bourges de 1350 (1) et Loisel qui écrit dans ses « *Institutes coutumières* », « l'âge parfait était à quatorze ans, par l'ancienne coutume de France » (2).

A s'en rapporter aux auteurs précités (3) et notamment à Beaumanoir (4), les individus n'ayant pas encore atteint cet âge, ne pouvaient agir seuls ; toutefois s'ils transgressaient cette interdiction, les actes accomplis n'étaient pas nuls, mais seulement rescindables pour cause de lésion.

Ce système était simple, mais rudimentaire et peu nuancé et dans bien des cas il n'assurait aux jeunes gens qu'une protection insuffisante ; ceci explique qu'assez rapidement, sous l'influence de la doctrine romaine, certaines coutumes (5) en vinrent à adopter la majorité de 25 ans. Sous leur empire, il fut alors admis que les mineurs resteraient incapables et en tutelle jusqu'à 14 ans, et qu'au delà de cet âge ils seraient dotés de curateurs, chargés de les

(1) *Coutumier général*, III, p. 880.

(2) LOISEL, *Institutes coutumières*, liv. I, reg. 34, I, p. 76, éd. DUPIN et LABOULAYE.

(3) V. également « Le Conseil à un ami », de Pierre DE FONTAINES, chap. XV, n° 35, éd. MARNIER, p. 132-133 : « Nostre usage met molt menor tens en avoir aage qui le met de XV ans accompliz, que ne font les lois, qui le mettent à XXV ans accompliz. »

(4) BEAUMANOIR, *Des coutumes et usages de Beauvoisis*, chap. XVI, n° 8, I, p. 266-267, éd. BEUGNOT.

(5) V. Jacques FLACH, *op. cit.*, p. 68 et 69.

assister dans l'accomplissement des actes les plus graves de la vie juridique et d'administrer leurs biens ; au début du xvi^e siècle par suite de l'apparition de la maxime « Tutelle et curatelle n'est qu'un » cette distinction disparut et tous les mineurs de 25 ans furent uniformément placés en tutelle ; les actes qu'ils accomplissaient hors le consentement de leur tuteur n'étaient que rescindables pour cause de lésion ; cependant la sanction du défaut d'autorisation était la nullité lorsqu'il s'agissait d'aliénations immobilières.

De leur côté, les coutumes restées fidèles à la tradition germanique ne purent se soustraire complètement à l'emprise des idées romaines ; mais en général elles se bornèrent à interdire aux majeurs coutumiers, mineurs de 25 ans d'aliéner seuls leurs immeubles (1), réalisant ainsi un compromis assez heureux entre les deux tendances en lutte ; d'autres (2) se contentèrent de reculer l'âge de la majorité coutumière, laquelle fut fixée à 20 ans pour les hommes et à 15, 16 ou 18 ans pour les femmes, selon les régions.

Puis, vers le milieu du xvi^e siècle sous l'influence de Dumoulin, l'évolution se précipita et un grand progrès dans la voie de l'unification du droit se réalisa. Dumoulin, reprenant les solutions déjà consacrées par certaines coutumes, enseignait que tous les engagements contractés par le mineur de 25 ans devaient donner lieu à restitution, lorsqu'ils se révélaient lésionnaires ; pour assurer la diffusion et la généralisation de ce principe, cet auteur n'hésita pas, dans ses Notes sur les coutumes de France, à ajouter

(1) Coutume de Boulenois, 1550 (art. 119), *Cout. général*, I, p. 57 ; Coutume de Touraine, 1559 (art. 351), *Cout. général*, IV, p. 673 ; Coutume d'Amiens, 1567 (art. 135), *Cout. général*, I, p. 180-181.

(2) V. Jacques FLACH, *op. cit.*, p. 71.

à chaque disposition fixant la majorité à 25 ans qu'il rencontrait, l'expression « *salva in integrum restitutione* ». Allant plus loin encore, il ne craignit pas, en présence des coutumes (1) qui autorisaient les mineurs à aliéner leurs immeubles dès 20 et 16 ans ou même dès 18 et 15 ans (majorités coutumières) de soutenir que cette capacité n'était pas absolue et qu'elle réservait aux intéressés la possibilité de se faire restituer jusqu'à l'âge de 25 ans.

A l'origine les Parlements se refusèrent catégoriquement à consacrer une doctrine aussi audacieuse ; mais ils ne purent persévérer longtemps dans cette attitude tant avait grandi l'influence du droit romain.

Dès 1716, le Parlement de Paris, lui-même, eut l'occasion de se prononcer : le Conseil d'Artois ayant décidé que la majorité établie par la coutume procurait une pleine capacité, il infirma cette décision par arrêt du 13 juillet et maintint constamment par la suite cette jurisprudence, qui d'ailleurs avait été approuvée par le Conseil du Roi (2).

Seul le Parlement de Rouen persista à déclarer que « toute « personne née en Normandie, soit masle ou femelle, est « censée majeure à 20 ans accomplis, et peut, après ledit « âge, vendre et hypothéquer ses biens meubles sans espérance de restitution, sinon pour les causes pour lesquelles « les majeurs peuvent être restitués » (3).

En présence de ce nouveau régime, générateur d'insécurité, les tiers, cocontractants éventuels du mineur cherchèrent à obtenir de ce dernier certaines garanties, soit en

(1) Coutume d'Artois, 1544 (art. 154), *Cout. général*, II, p. 271 ; Coutume de Lille, 1533 (chap. IV, art. 1), *Cout. général*, II, p. 938 ; Coutume de Douai, 1627 (chap. VII, art. 1), *Cout. général*, II, p. 987.

(2) V. Jacques FLACH, *op. cit.*, p. 74, texte et note 2.

(3) *Coutumier général*, IV, p. 155-156.

lui faisant prêter serment de garantir l'opération projetée, soit en l'obligeant à fournir caution. Mais tandis que ce second procédé ne faisait pas obstacle le cas échéant à l'exercice de la restitution, le premier, à raison de son caractère religieux, excluait toute possibilité de revenir sur l'acte, lorsque le serment émanait d'un mineur de plus de 12 ans ; cette particularité ouvrit la porte à de nombreux abus et pour y remédier on fut obligé d'interdire aux « sous aagés » de valider par serment les ventes immobilières (car c'est surtout pour cette catégorie d'actes que le système était utilisé) irrégulièrement faites. Relativement aux autres opérations, on exigea du mineur qu'il connût exactement la portée du privilège auquel il renonçait ; on finit même, au cas où la renonciation à la faculté de demander la restitution avait été consentie inconsidérément, par l'autoriser à demander au roi dispense d'observer le serment.

En dépit de l'extrême diversité des coutumes, on peut considérer qu'au terme de cette évolution, c'est-à-dire vers le début du XVIII^e siècle, la théorie de la protection du mineur était, à peu près, définitivement élaborée. Et au total la situation des « sous aagés » se présentait de la manière suivante :

1. Dans toutes les coutumes fixant l'âge de la majorité à 25 ans, les mineurs se trouvaient placés sous main de puissance paternelle ou en tutelle et frappés d'une incapacité absolue d'agir ; les engagements contractés en fraude de cette incapacité étaient réputés nuls.

Mais ces solutions, imitées du droit romain, se heurtaient à la règle « *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* », règle qui était d'une utilisation trop

fréquente et qui avait poussé dans notre droit de trop profondes racines pour que l'on pût songer à l'abandonner.

Ce désaccord créa alors chez les auteurs une immense confusion. C'est ainsi que Legrand, Merville, Meslé et Pothier lui-même (1) se sont formellement contredits, chacun en ce qui le concerne, à quelques pages d'intervalle, ne craignant pas d'affirmer successivement, sans paraître s'apercevoir de l'incohérence de ces deux propositions, que le mineur était incapable de contracter seul, à peine de nullité et, plus loin, que la restitution ne lui était accordée que s'il avait subi une lésion.

2. Dans les coutumes qui avaient persisté à conserver toute son efficacité à la majorité coutumière et qui se bornaient à faire défense aux mineurs d'aliéner seuls leurs immeubles avant 25 ans, les règles étaient les suivantes :

Les enfants, mineurs coutumiers, c'est-à-dire âgés de moins de 20 ou 16 ans étaient assimilés aux mineurs de 25 ans des coutumes de la catégorie précédente ; comme eux ils étaient déclarés absolument incapables de contracter, mais en pratique, par suite de la survivance de la règle « *Minor restituitur...* », ils pouvaient agir valablement seuls et leurs actes n'étaient sujets à restitution que s'ils leur causaient préjudice ;

Les majeurs coutumiers, de leur côté, étaient assimilés aux mineurs émancipés, l'accession à la majorité coutu-

(1) LÉGRAND, *Commentaires sur la coutume de Troyes*, tit. 8, art. 139, glose 4, n° 4 et 6, p. 185 ; glose 10, n° 26, p. 195 ; n° 30, p. 196.

MERVILLE, *Traité des Majorités coutumières et d'ordonnances*, Paris, 1729, section 9, p. 113.

MESLÉ, *Traité des tutelles et curatelles*, chap. 14, n° 25, p. 503 et n° 28, p. 505.

POTHIER, *Traité des obligations*, n° 52, I, p. 116 et n° 40, I, p. 106.

mière faisant véritablement figure d'émancipation légale. A ce titre ils avaient l'administration de leur patrimoine, la libre disposition de leurs biens meubles et le droit d'ester seuls en justice relativement à ces pouvoirs d'administration et de disposition (1) ; mais tandis que dans l'état antérieur du droit, ils pouvaient obtenir la « *restitutio in integrum* » contre ces deux catégories d'actes, au xviii^e siècle, on leur refusa ce bénéfice.

Notons encore que les mineurs à quelque catégorie qu'ils appartiennent, c'est-à-dire qu'ils soient mineurs de 25 ans ou mineurs coutumiers, ne pouvaient être restitués contre les obligations nées de leurs délits ; pareillement ceux qui exerçaient un commerce, ou étaient titulaires de bénéfices ou d'offices étaient réputés majeurs dans la mesure où l'exigeait leur activité professionnelle. Le Parlement de Paris, dans un arrêt du 30 août 1702 alla même jusqu'à refuser l'action en restitution aux mineurs au cas où ils avaient tiré, accepté ou endossé une lettre de change, mais cette jurisprudence, qui ouvrait de larges possibilités à l'usure, ne se généralisa pas.

Dans le domaine qui lui fut ainsi assigné la restitution s'appliquait indistinctement aux actes passés par le mineur seul et aux actes passés avec l'assistance d'un tuteur.

3. Seule une catégorie d'actes particulièrement dangereux et pour cette raison soumis à des formalités protectrices faisait l'objet d'un régime spécial. Nous visons ici notamment l'emprunt, la donation et son acceptation et la renonciation à succession, l'acte par lequel le mineur donne décharge du compte de tutelle, la réception d'un

(1) Dans les autres domaines ils ne pouvaient agir devant les tribunaux qu'assistés d'un « curateur aux causes ».

capital et l'aliénation d'un bien immeuble. Ces actes, lorsqu'ils étaient irrégulièrement accomplis pouvaient, en effet, être frappés de nullité, sans que l'intéressé, pour parvenir à ce résultat, ait d'autre preuve à administrer que celle de sa minorité. Il faut bien souligner d'ailleurs, car les apparences sont contraires, que cette nullité n'était nullement fondée sur le vice de forme ou l'état d'incapacité d'un des cocontractants ; elle trouvait sa source dans une présomption de lésion, présomption généralement irréfragable, mais qui cependant pouvait être combattue par la preuve contraire aux cas où l'acte attaqué était soit un emprunt, soit la réception d'un capital.

En ce qui concerne spécialement les aliénations immobilières, la situation était un peu plus complexe encore, car tandis que certaines coutumes refusaient absolument au mineur de 25 ans le droit de disposer et d'hypothéquer ses immeubles, d'autres (1) lui accordaient cette faculté dès qu'il avait atteint l'âge de la majorité coutumière ; par suite lorsqu'un « sous aagé », dont le statut était régi par une coutume du premier genre, aliénait un de ses immeubles sans remplir les formalités requises (2), l'opération était frappée de nullité ; au contraire sous l'empire des coutumes de la seconde catégorie la vente, même consentie par le mineur seul, était maintenue parce telle était la volonté formellement exprimée de la coutume.

Notons enfin que dans un cas comme dans l'autre, les

(1) Coutume d'Artois (art. 154), *Coutumier général*, II, p. 271 ; Coutume du Maine (art. 455), *Cout. général*, IV, p. 512 ; Coutume d'Anjou (art. 444), *Cout. général*, IV, p. 576 ; Coutume de Valenciennes, 1619 (art. 26), *Cout. général*, II, p. 243.

(2) La vente des biens immeubles des mineurs n'était valable que si elle avait fait l'objet d'une publicité préalable, si l'immeuble avait été

aliénations d'immeubles bien que régulièrement accomplies restaient soumises à restitution lorsqu'en fait elles causaient un préjudice au mineur, ce qui démontre clairement, que même en ce domaine cependant plein d'obscurité, on ne s'écarta jamais de cette idée que l'unique sanction de l'incapacité du mineur était la restitution pour cause de lésion.

★★

Telle fut, envisagée essentiellement sous l'angle de la capacité contractuelle et ramenée à ses éléments principaux, la situation des « sous âgés » dans notre Ancien droit. Faite de règles complexes et parfois contradictoires elle devait, en pratique, rester de contours indécis et d'application difficile, car jusqu'à la fin de l'Ancien Régime les errements de la doctrine eurent leurs répercussions dans la jurisprudence des Parlements, qui persistèrent à prononcer fréquemment la nullité d'actes régulièrement accomplis, sans exiger la preuve d'une lésion (1).

★★

Cette brève étude nous montre que dans notre Ancien droit, comme en droit romain, l'évolution des règles de droit, en cette matière se caractérise essentiellement par

expertisé et estimé, si les parents ou le tuteur y consentaient et enfin si le juge avait rendu un décret l'autorisant.

(1) V. HENRYS, *Œuvres de M. Claude Henrys, Conseiller du Roi*, Paris, 1772, t. II, liv. IV, chap. I, quest. 1 : « Lorsque les mineurs réclament « contre quelque acte fait par eux ou leurs tuteurs, les juges, le plus « souvent, s'arrêtent trop légèrement à la simple minorité et, sous le pré- « texte d'icelle, remettent les parties au premier état, sans entrer dans « l'examen de ce qui a été fait et sans connaître quel préjudice peut « avoir été subi... »

l'alternance des périodes d'extension et de restriction de la capacité personnelle des mineurs.

Toutefois il convient d'observer que les restrictions, apportées dès les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles aux pouvoirs exorbitants accordés originairement aux « sous aagés », n'empruntèrent jamais la rigueur de la situation faite à Rome, aux mineurs de 25 ans ; en droit coutumier, notamment, grâce à l'attachement des populations aux majorités coutumières et grâce aussi à une subtile distinction, élaborée par les praticiens, entre le « droit », c'est-à-dire la règle romaine et la « coutume », il fut admis, d'une manière très générale, que les mineurs pouvaient valablement contracter dès qu'ils étaient sortis de l'enfance, conception sur laquelle on ne devait plus revenir.

★★

Le droit intermédiaire favorable aux jeunes générations abaissa l'âge de la majorité à 21 ans (loi du 20 septembre 1792, titre IV, art. 2) ; la constitution de l'An VIII, dans son article 12 confirma cette disposition. Mais aucun texte de cette époque ne précise autrement la situation des mineurs.

Et il fallut attendre la promulgation du Code civil pour connaître quelle capacité le législateur moderne entendait leur réserver.

TITRE III. — SYSTÈME DU CODE CIVIL

Aux termes de l'article 388 du Code civil, la majorité en droit français, est fixée à vingt-et-un ans ; tant que l'individu n'a pas atteint cet âge il est frappé d'une incapacité d'exercice générale.

Le régime de protection dont il est doté, est assez complexe, car il fait intervenir soit alternativement, soit simultanément deux institutions dont le jeu est lui-même délicat : la puissance paternelle et la tutelle ;

Les protecteurs naturels du mineur sont ses père et mère, détenteurs de la puissance paternelle ; mais lorsque l'un d'eux ou les deux meurent ou deviennent incapables d'exercer cette prérogative ou encore lorsqu'il s'agit d'enfants naturels la protection de la personne du mineur est confiée à un tuteur ;

Du point de vue patrimonial, tant que le mariage de ses parents dure, les biens de l'enfant légitime sont administrés par son père ; dans toutes les autres hypothèses et lorsqu'il s'agit d'enfants naturels, cette administration est confiée à un tuteur.

Techniquement le fonctionnement de ces différentes règles est assuré par un système de représentation légale : le père ou le tuteur doivent représenter le mineur dans tous les actes de la vie juridique, tel est le principe énoncé par l'article 450 C. civ.

Dans la réalité des faits la situation est assez différente, car il existe un bon nombre d'hypothèses dans lesquelles le mineur peut agir personnellement et valablement :

Les sources qui lui procurent cette aptitude relative à la vie juridique peuvent se ramener à trois : ce sont, 1° le caractère de protection de l'incapacité du mineur qui postule de l'autoriser à accomplir librement les actes insusceptibles de lui nuire ;

2° le régime de la sanction de cette incapacité. Cette sanction est soit la nullité relative de droit qui frappe les actes soumis à formalités et irrégulièrement accomplis, soit la rescision pour cause de lésion qui est réservée aux actes accomplis par le mineur à la place de son représentant légal, lorsque celui-ci aurait été en droit de les passer sans formalités. Mais qu'il s'agisse de nullité de droit ou de rescision pour cause de lésion, ces sanctions n'ont qu'un caractère « relatif », ce qui signifie que l'action ne pourra être intentée que par l'incapable lui-même, ses représentants légaux, ses héritiers ou ses créanciers et que jusqu'au jugement d'annulation l'acte sera considéré comme valable.

3° cette considération que certains droits ne peuvent rationnellement être exercés par voie de représentation.

Mais, en dépit de la réalité de ces trois ordres de faits, qui pallient dans une mesure appréciable le caractère absolu de la règle édictée par l'art. 450 et malgré la possibilité de recourir à l'émancipation, qui, au moins sous sa forme volontaire, demeure pratiquement inemployée, notre régime positif reste défectueux, parcequ'il donne brusquement, sans aucune préparation, à un individu dont la personnalité juridique était jusque là complètement voilée, la libre disposition de sa personne et de sa fortune. Comme le

remarquent MM. Colin et Capitant (1), cela ne va pas sans de graves inconvénients, spécialement pour les orphelins de famille aisée.

Ces quelques considérations semblaient commander le plan que nous aurions pu adopter au cours de ce titre. En effet, même en nous réservant d'étudier dans la seconde partie les différentes situations dans lesquelles il est expressément et directement dérogé à la règle d'incapacité, nous aurions pu envisager successivement la condition de principe faite en droit positif au mineur non émancipé, la sanction de son incapacité, les inconvénients du régime en vigueur et enfin l'émancipation dont un emploi plus judicieux devrait, selon certains auteurs (2), remédier efficacement au défaut de transition, signalé plus haut.

Mais nous ne pouvons songer à reprendre ici, même brièvement cette étude d'ensemble de la minorité, car nous serions amené à envisager des questions telles que celles de la puissance paternelle et de la tutelle qui ne peuvent nous montrer que l'envers, la face négative du problème, c'est-à-dire l'incapacité du mineur. Aussi nous bornerons-nous à étudier dans ce titre la sanction de cette incapacité et l'émancipation, seuls points qui nous mettent en présence de situations dans lesquelles l'activité du mineur peut produire des effets juridiques.

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de droit civil français*, 8^e éd., t. I, n° 436, p. 450.

(2) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, n° 436, p. 450.

CHAPITRE I

LA SANCTION DE L'INCAPACITE DES MINEURS

On sait quelle fut l'évolution des règles juridiques en cette matière :

A Rome, après l'institution de la curatelle qui pratiquement assimilait les pubères mineurs de 25 ans aux impubères, on admettait : 1^o) que les actes accomplis par les pupilles sans le « *consensus* » de leur tuteur ou de leur curateur pouvaient être annulés, même s'ils n'étaient pas lésionnaires, et 2^o) que les actes, même régulièrement accomplis, pouvaient faire l'objet d'une « *restitutio in integrum* », si en fait ils préjudiciaient à leur auteur.

Nos anciens auteurs, appliquant à la lettre l'adage « *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* », décidèrent que seraient soumis à restitution, non seulement les actes accomplis par le tuteur ou par le mineur assisté, mais encore ceux que le mineur avait conclus seul ; ainsi conçue la rescision pour cause de lésion devenait la véritable sanction de l'incapacité du mineur.

Au lendemain de la promulgation du Code civil la question se posa de savoir si le législateur de 1804 avait entendu ou non suivre la tradition de notre Ancien droit.

Classiquement, les auteurs pour résoudre ce problème étudiaient tour à tour :

- 1) les actes faits par l'incapable seul, alors que c'était à son tuteur ou à son administrateur légal à agir.
- 2) les actes faits par le représentant.

Pour mieux mettre en relief les affinités et les différences qui existent entre le régime du Code et les systèmes du droit romain et de l'Ancien droit, nous avons préféré reprendre les distinctions élaborées par ces derniers et nous envisagerons successivement :

- 1) les actes soumis à formalités ;
- 2) les actes non soumis à formalités.

Dans un court appendice nous ferons mention de diverses situations assez spéciales dans lesquelles l'activité du mineur peut revêtir une certaine efficacité juridique.

SECTION I. — Les actes soumis à formalités

Ce sont les actes dont la validité est subordonnée à l'intervention d'un pouvoir de haute tutelle, notamment les aliénations immobilières, les constitutions d'hypothèques, les acceptations de successions, les partages, les transactions. Normalement ils doivent être accomplis par le tuteur.

Si ce dernier agit dans la limite de ses pouvoirs, c'est-à-dire en se conformant aux formalités requises, l'acte est valable. A l'inverse s'il les outrepassé l'acte est nul. Aux termes d'une jurisprudence déjà ancienne (1), le tuteur, dans cette hypothèse, ayant dépassé le mandat légal qui lui est confié, il y aurait lieu de décider que la nullité de l'acte est une nullité absolue ; la doctrine n'admet pas ce point de vue, et enseigne que la nullité envisagée, étant la sanction de l'inobservation de mesures de protection, ne saurait être qu'une nullité relative.

Mais que décider si l'acte soumis à formalités et accompli régulièrement est, en fait, lésionnaire ?

(1) Cass. Civ., 1^{er} juin 1870, D. 70.1.432 ; S. 70.1.387.

Le droit romain et après lui notre Ancien droit admettaient, dans cette hypothèse, la possibilité d'attaquer l'acte.

Rationnellement, si l'on considère la lésion comme un vice objectif qui doit être écarté de tout acte intéressant le patrimoine de l'incapable, on doit décider qu'aucune forme ne peut mettre celui qui contracte avec un mineur ou son représentant à l'abri d'une rescision éventuelle ; si à l'inverse on admet une conception subjective de la lésion, ne la prenant en considération que lorsqu'elle prouve que le mineur, auteur de l'acte, a agi sans discernement suffisant, on ne saurait parler de restitution à propos d'un acte régulièrement accompli par le tuteur.

Du point de vue de notre législation positive, on rencontre deux textes, qui semblent indiquer que la règle de restitution est de portée absolue ; ce sont l'article 1314 qui, « *a contrario* », peut-être interprété dans ce sens puisqu'il n'exclut la rescision qu'en matière d'aliénation d'immeubles et de partage de succession et l'article 1305, qui dispose que la simple lésion donne lieu à rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions.

La jurisprudence est hésitante et seuls quelques arrêts anciens (1) semblent avoir admis que les actes passés par le tuteur, bien que réguliers en la forme, demeuraient sujets à restitution, si au fond ils se révélaient lésionnaires.

En sens inverse, la doctrine moderne soutient que ces actes sont inattaquables et elle invoque à l'appui de sa thèse un faisceau d'arguments que MM. Colin et Capitant ont excellemment résumés dans le passage suivant : « L'argument « *a contrario* » tiré de l'article 1314 est infirmé

(1) Cass., Req., 24 avril 1861, D. 61.1.256 ; S. 61.1.625 ; Paris, 1^{er} mars 1877, D. 78.2.168.

« par ce fait que les deux actes particuliers visés par ce texte
« étaient ceux que nos anciens auteurs prenaient générale-
« ment comme type des opérations du tuteur sujettes à
« restitution, nonobstant la régularité de leurs formes. Et
« quant aux termes de l'article 1305, il suffit de les rappro-
« cher de ceux des articles qui le suivent (art. 1307 à 1311)
« pour constater que le Code en organisant l'action en res-
« cision n'a envisagé que l'hypothèse d'un mineur agissant
« en personne. Et sans doute a-t-il voulu que les actes
« accomplis pour le mineur lorsqu'ils seraient entourés de
« toutes les précautions requises par la loi, fussent à l'abri
« de toute critique, comme ils le sont lorsqu'il s'agit des
« autres incapables » (1).

Notons enfin qu'au cas où le mineur accomplirait seul un tel acte, dont la validité est soumise à l'intervention d'un pouvoir de haute tutelle, cet acte serait évidemment nul, puisqu'à la première irrégularité provenant de la non-observance des formalités requises, viendrait s'en ajouter une seconde, résultant de l'intervention personnelle du mineur.

SECTION II. — Les actes non soumis à formalités

Ce sont essentiellement les actes d'administration ; normalement ils sont accomplis par le tuteur.

Au lendemain de la promulgation du Code civil deux questions les concernant se posaient :

1° Les actes non soumis à formalités sont-ils ou non rescindables pour cause de lésion ?

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Dr. civil français*, 7^e éd., n° 558, p. 584.

2° Quel sort leur est réservé, lorsqu'ils sont accomplis par le mineur lui-même ?

*
* *

Les actes non soumis à formalités accomplis par le tuteur sont-ils rescindables ?

Dans le sens de l'affirmative, certains auteurs ont fait observer que le Code n'avait pas formellement rompu avec la tradition historique. Par ailleurs, le mineur n'étant plus, par hypothèse, protégé par les pouvoirs de haute tutelle, il semblerait opportun, afin de le soustraire à l'arbitraire possible de son tuteur, de lui assurer la faculté d'attaquer les actes lui portant préjudice.

En dépit de la valeur certaine de ces arguments, la jurisprudence s'est toujours prononcée pour la négative. Cette attitude doit être approuvée, car en procurant plus de sécurité dans les relations juridiques, elle a évité de compromettre irrémédiablement le crédit du mineur.

Quel est le sort des actes non soumis à formalités, accomplis par le mineur seul, en fraude de son incapacité ?

A première vue la conséquence normale de cette irrégularité semble devoir être la nullité relative de l'acte ; si l'on adopte ce point de vue, on devra décider que le majeur avec qui le mineur a traité ne pourra opposer l'incapacité de son cocontractant (art. 1125, al. 2), mais, par contre, que la faculté est ouverte à ce dernier, dès qu'il aura atteint l'âge de la majorité, (et à son représentant légal au cours de la minorité) de faire tomber l'acte, rien qu'en prouvant qu'il était mineur, lorsqu'il l'a accompli.

Bien que ce second point semble trouver confirmation

dans l'article 1311 (*in princ.*) (1), la jurisprudence (2) n'a jamais consacré ce système et elle décide que seule la première des deux conséquences, rattachables à l'idée de nullité relative, doit être retenue. Les tribunaux s'accordent en effet pour déclarer que l'acte du mineur ne peut être attaqué par son auteur lui-même, lorsqu'il est devenu majeur ou par son représentant légal durant sa minorité, que moyennant la démonstration d'une lésion : solution commandée par l'article 1305.

En définitive, il apparaît bien que le législateur de 1804 ne s'est pas écarté de la tradition historique et qu'il a entendu consacrer purement et simplement la règle « *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* ».

Cette règle comporte deux exceptions :

Le mineur, qui a déclaré à son cocontractant être majeur et qui pour rendre cette déclaration vraisemblable a produit des témoignages ou des écrits trompeurs, ne pourra être restitué : c'est là la sanction du véritable délit civil qu'il a commis ;

En outre le paiement fait à un mineur en dehors de toute habilitation est réputé non valable (art. 1312) : dans cette hypothèse le législateur, qui entend protéger très efficacement le mineur, laisse bien subsister, au fond la possibilité d'obtenir la rescision du paiement, mais il crée à

(1) Ce texte dispose, en effet, que le mineur « n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il a souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité » ; on pourrait être tenté, en raisonnant « a contrario », de dire que lorsqu'il n'y a pas eu ratification ultérieure, l'ex-mineur peut toujours attaquer l'acte, sans avoir d'autre preuve à faire que celle de son état de minorité au moment où il l'a souscrit.

(2) Cassi. civ., 18 juin 1844, S. 44.1.497 ; Nancy, 12 janvier 1875, S. 75.2.52 ; Paris, 8 juillet 1882, D. 83.2.93, S. 85.2.106.

l'incapable une situation avantageuse en renversant la charge de la preuve grâce à l'instauration d'une présomption de lésion.

En dehors de cette aptitude à conclure valablement les actes d'administration non lésionnaires, qui découle de la consécration par notre droit positif de la maxime « *Minor restituitur...* » le mineur non émancipé peut encore rendre efficaces les actes qu'il fait en fraude de son incapacité, en retardant ou même en n'exerçant pas l'action en nullité ou en rescision que la loi lui accorde. Ceci est si vrai que jusqu'au jugement d'annulation il pourra exiger l'exécution de l'acte que cependant il a lui-même attaqué (1).

APPENDICE

Notons enfin qu'il existe un troisième domaine dans lequel la personnalité juridique du mineur, même non émancipé, transparait et donne lieu à des applications pratiques : c'est le domaine des obligations extra contractuelles.

Il apparaît, en effet, qu'en dehors des obligations qui peuvent résulter de l'exercice d'un mandat ou de la mise en jeu de sa responsabilité civile ou pénale, matières qui feront l'objet de développements spéciaux, le mineur peut se voir imposer, pour des motifs d'équité ou de protection sociale, certaines charges.

C'est ainsi notamment que le mineur qui ne peut être gérant d'affaires (2), peut, par contre être valablement

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, en 14 vol., Paris, 1925, t. I, n° 292, p. 342.

(2) En effet le mineur, en tant qu'incapable, ne peut s'obliger envers autrui par un acte volontaire de gestion, que cet acte soit accompli sous la forme d'un contrat ou d'un quasi contrat.

obligé par la gestion d'autrui, même s'il a dissipé le profit que lui a procuré l'acte accompli.

Le paiement de l'indû l'oblige également à restituer ce qu'il a reçu dans la mesure où il s'est enrichi, sauf le cas de mauvaise foi (art. 1312 et 1376) (1).

Enfin et d'une manière très générale, si le mineur s'est enrichi sans cause aux dépens d'autrui, il est tenu par l'action « *de in rem verso* » jusqu'à concurrence de son enrichissement.

Il est également tenu de toutes les obligations légales qui pèsent sur son patrimoine (obligation alimentaire, obligation de payer les impôts, etc...)

En ce qui concerne les preuves signalons cette particularité qui nous est indiquée par MM. Planiol et Ripert : « Le représentant légal ne peut faire d'aveu pour le compte « de l'incapable. Mais l'incapable lui-même, s'il a conscience de ses paroles pourrait avouer. Cet aveu est pris « en considération dans les matières extrapatrimoniales, « puisque la reconnaissance d'enfant naturel faite par un « incapable est valable et que l'action en recherche de « paternité est possible contre un père mineur qui aurait « fait un aveu de paternité. Mais en matière patrimoniale, « la jurisprudence ne permet l'aveu à l'incapable que dans « la mesure où il a capacité de renoncer au droit con- « testé » (2).

(1) V. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 284, p. 335.

(2) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 281, p. 333.

CHAPITRE II

L'EMANCIPATION

L'émancipation en droit positif français a pour effet d'affranchir partiellement le mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle et de lui confier avec le gouvernement de sa personne, l'administration de son patrimoine.

Cette institution dérive, non pas de l'émancipation romaine qui n'avait pour effet que de soustraire l'enfant à la « patria potestas » et qui n'influaît sur sa capacité que s'il était pubère, mais bien de la « *venia aetatis* », institution qui avait pour but de pallier les inconvénients du recul excessif de l'âge de la majorité.

Cette institution qui ne semble pas avoir été utilisée en pays de droit écrit (1), fut, au contraire, reprise en pays de coutumes sous le nom d'émancipation. Elle était, soit légale et résultait notamment du mariage de l'enfant ou de l'habitation séparée, prolongée pendant au moins dix ans, soit consentie volontairement par les parents ; dans ce cas elle faisait l'objet de lettres de chancellerie qui devaient être entérinées par le juge.

Elle conférait au mineur la capacité d'administrer ses biens et de toucher ses revenus ; mais dans l'accomplissement des opérations les plus graves, comme l'aliénation

(1) BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du droit privé*, p. 191 et 192.

d'un immeuble ou la perception d'un capital, l'assistance d'un curateur était nécessaire à la validité de l'acte.

Lorsque le mineur abusait de sa capacité, il était pourvu d'un curateur comptable, véritable tuteur chargé de l'administration de ses biens.

C'est ainsi conçue que l'émancipation passa dans notre Code civil (art. 476 à 487).

L'émancipation, en droit civil français, peut être soit légale, soit volontaire. L'émancipation légale résulte du mariage : tout mineur se mariant est automatiquement émancipé et il l'est définitivement, irrévocablement, l'émancipation subsistant même si le mariage vient à être dissous et mis à part le cas d'annulation. L'émancipation volontaire, à l'inverse, résulte d'une déclaration des père et mère au juge de paix ; si l'enfant n'a plus de parents ou s'ils sont déchus de la puissance paternelle, c'est au conseil de famille qu'il appartient d'agir ; l'émancipation ne dépend jamais des ascendants, ni du tuteur. Sous cette forme elle ne peut intervenir que si le mineur est âgé de 18 ans au moins et elle est révocable.

L'émancipation a pour effets : 1° de substituer au régime de la puissance paternelle ou de la tutelle un mode de protection particulier, la curatelle et au régime de la représentation légale, celui de l'assistance ; 2° de confier au mineur le gouvernement de sa personne et l'administration de son patrimoine.

Préférant consacrer nos développements à la détermination de la capacité que l'émancipation procure au mineur nous n'envisagerons pas ici les questions relatives à l'organisation de la curatelle, à la désignation et aux pouvoirs du curateur.

1. Effets de l'émancipation quant à la personne du

mineur : Le mineur émancipé est assimilé à un majeur, il est maître de sa personne ; son curateur n'est en aucune manière chargé de le surveiller ; il peut vivre seul et se créer un domicile personnel (art. 108) ; il échappe au droit de correction et peut à sa guise compléter son éducation ; il peut également choisir sa profession et notamment contracter un engagement militaire avant 20 ans (la loi du 5 octobre 1940, art. 2-6°, n'exigeant que le consentement des parents ou du tuteur, mais non celui du curateur) ou un engagement théâtral.

Certaines exceptions limitent cependant cette totale indépendance : la validité du mariage et de l'adoption du mineur émancipé, notamment, demeure soumise aux mêmes autorisations qu'avant l'émancipation. Notons encore que l'émancipé ne pouvant ester seul en justice que pour les procès relatifs aux actes d'administration, il semble qu'il ne puisse agir librement en matière d'état : solution éminemment contestable et d'ailleurs contestée en particulier par MM. Colin et Capitant et la jurisprudence (1).

2. *Effets de l'émancipation quant aux biens* : Aux termes des articles 481 et 484, al. 1, le mineur émancipé peut faire seul tous les actes qui ne sont que de « pure administration » ; pour accomplir les autres il doit être assisté de son curateur ou même remplir les formalités imposées au tuteur.

De ces deux propositions il résulte : 1° que le mineur émancipé administre lui-même son patrimoine, c'est lui qui figure en personne dans les actes ; il n'est pas représenté par son curateur, ce dernier devant se borner à l'as-

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Droit civil français*, t. I, 4^e éd., 1924, p. 553 et les motifs des décisions citées aux notes suivantes.

sister dans les hypothèses où la loi requiert son intervention ; 2° que les actes que le mineur émancipé peut accomplir seul sont limités ; l'incapacité reste donc la règle et la capacité l'exception.

Voyons quel est le contenu de cette capacité d'exception ?

On admet généralement que rentre dans la catégorie des actes de pure administration :

1 : les actes de la vie courante, notamment tous les achats de choses nécessaires, l'engagement de domestiques, la location d'un appartement, le paiement des dettes, par exemple.

2 : la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de travail, soit comme patron, soit comme employé (notons que pour se livrer à l'exercice du commerce le mineur doit non seulement être émancipé, mais encore autorisé).

3 : la dation à bail des immeubles, pourvu que la durée du bail n'excède pas neuf ans et qu'il ne soit pas renouvelé plus de deux ou trois ans à l'avance, suivant qu'il s'agit de maisons ou de biens ruraux (Article 1430 C. civ.).

4 : la perception et l'utilisation des revenus : le fait de percevoir les revenus n'est un acte d'administration que si ces derniers sont échus, ou si l'usage autorise leur perception anticipée et pour une courte période.

5 : l'aménagement matériel des biens destiné à les rendre productifs, à condition que le coût en soit prélevé sur les revenus.

6 : la vente des récoltes, ainsi que des meubles hors d'usage ou sujets à dépérissement.

7 : l'exercice des actions mobilières à ce propos cer-

tains tribunaux (1) font la distinction suivante : s'il s'agit d'actions relatives à des opérations de pure administration, comme par exemple l'action intentée contre un locataire à raison de sa location, l'exercice en est permis au mineur émancipé agissant seul ; au contraire s'il s'agit d'actions mobilières dépassant la pure administration, l'exercice n'en sera permis à l'émancipé que s'il obtient l'assistance de son curateur.

8 : enfin tous les actes tendant à la conservation de son patrimoine, les actes conservatoires proprement dits, les engagements nécessaires aux réparations exigées par ses biens et tous les contrats d'assurances contre les risques de destruction.

Les autres actes, dépassant la notion d'actes de pure administration, ne peuvent être accomplis que moyennant l'assistance du curateur ou l'intervention des pouvoirs de haute tutelle.

Actes exigeant l'assistance du curateur : Ce sont d'abord les actes d'administration au sens large, notamment la réception d'un capital, la défense à une action immobilière ou en partage, la vente des meubles même corporels, autres que les récoltes ou les meubles susceptibles de dépérissement. Dans cette catégorie rentrent encore un certain nombre d'actes peu graves, mais dépassant nettement l'administration ; citons la réception du compte de tutelle ou du compte dû par l'administrateur légal, le placement des capitaux, l'acceptation d'une donation, l'exercice des actions immobilières, tant en demandant qu'en défendant et enfin l'exercice de l'action en partage.

(1) Poitiers, 27 mai 1880, D. 81.2.18, S. 82.2.21 ; *contra* : Douai, 26 avril 1865, S. 66.2.174.

Actes requérant l'intervention des pouvoirs de haute tutelle : L'acceptation ou la répudiation d'une succession, l'acquiescement à une demande immobilière requièrent l'intervention du Conseil de famille, mais du Conseil de famille seul ; au contraire l'emprunt, l'aliénation d'un immeuble, la constitution d'hypothèques, la transaction exigent, en outre, l'homologation du tribunal.

Notons enfin que les actes de disposition à titre gratuit, y compris le cautionnement et les renonciations gratuites de quelque nature qu'elles soient, sont interdits au mineur émancipé comme au mineur en tutelle, il en va de même de l'acceptation pure et simple d'une succession et du compromis.

3. *Sanction de l'incapacité du mineur émancipé* : L'article 1305 disposant en termes généraux, on admet que les distinctions qui découlent de son interprétation sont applicables au mineur émancipé.

Si le mineur a fait seul un acte qu'il n'aurait dû accomplir qu'avec l'assistance de son curateur, il peut en demander la rescision, mais à condition de démontrer qu'il a subi une lésion. S'il s'agit d'un acte soumis à des formalités que le mineur a négligé d'observer (assistance de son curateur, intervention du Conseil de famille, homologation de justice) il y aura lieu non plus à rescision, mais à nullité relative pour vice de forme.

Si l'acte a été accompli régulièrement, il est valable et inattaquable par voie de rescision, qu'il soit ou non lésionnaire (art. 481).

Mais aussitôt ce principe énoncé, la loi lui apporte une importante exception en disposant (art. 484, al. 2) que les obligations contractées par voie d'achats ou autrement sont

réductibles en cas d'excès. Voyons ce que signifie cette formule.

L'article 484, al. 2 vise exclusivement les opérations constituant une dépense qui, en fait, sont inopportunes ou en disproportion avec les ressources du mineur ; ce texte n'est pas applicable aux autres actes, aussi désavantageux soient-ils pour leur auteur ; l'inopportunité ou le caractère excessif des opérations ainsi définies sont laissés à l'appréciation du juge.

Quant à la réduction, elle-même, elle consiste non pas à anéantir l'acte comme le fait la rescision, mais à le ramener à de justes proportions ; lorsqu'à raison de la nature de l'engagement la réduction sera impossible, il sera annulé pour le tout.

La question des différences qui existent entre la rescision et la réduction est trop classique pour que nous la reprenions ici, notons simplement pour finir qu'alors que le domaine de la rescision se restreint aux actes d'administration, la jurisprudence (1) a admis à plusieurs reprises la réduction d'actes ne rentrant pas dans cette catégorie, tels que les achats d'immeubles ou de fonds de commerce, alors même que le mineur émancipé se serait fait assister de son curateur pour les accomplir.

A l'issue de ces développements deux ordres de conclusions s'imposent à nous : les premiers viennent appuyer la thèse que nous soutenons, et qui, rappelons-le, consiste à préconiser l'aménagement d'une période transitoire entre l'état de minorité et la majorité ; les secondes en démontrant l'inefficacité des remèdes que l'on a voulu apporter

(1) Cass., Req., 29 juin 1857, D. 58.1.33, S. 57.1.729 ; Cass., Req., 21 août 1882, D. 83.1.339, S. 83.1.112, note LYON-CAEN.

au régime simple, mais peu nuancé du Code civil nous sont également favorables, car elles prouvent que des réformes pourraient être utilement apportées dans ce domaine, certitude qui nous faisait défaut en commençant ce travail.

Il apparaît nettement, en effet, que la situation de principe faite au mineur ne comporte pas une incapacité aussi absolue que certains textes semblent l'indiquer. Comme le soulignait déjà Bigot de Préameneu au cours des Travaux préparatoires, le résultat de l'incapacité du mineur est de ne pouvoir être lésé et non de ne pouvoir contracter et comme plus récemment l'écrivaient MM. Planiol et Ripert, « le fait que les actes dont il s'agit (actes non soumis à formalités et faits par le mineur seul en fraude de son incapacité) sont valables toutes les fois qu'ils ne sont pas lésionnaires, assure au mineur non émancipé une initiative bien plus large que ne le feraient croire les textes sur la tutelle ou l'administration légale » (1).

Les conclusions que nous pouvons tirer de l'étude de l'émancipation sont assez différentes.

Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil cette institution était incontestablement destinée à constituer un palliatif, une transition utile entre la minorité et la majorité ; mais pour qu'elle remplît bien ce rôle, il eût fallu qu'elle présentât un caractère de généralité que, très illogiquement d'ailleurs, le législateur d'alors se refusa à lui conférer. Il avait été question, en effet, au cours des Travaux préparatoires, d'accorder de plein droit le bénéfice de l'émancipation aux mineurs n'ayant plus ni père, ni mère, dès l'âge de 18 ans et de faire ainsi, au moins partiellement, de l'émancipation ce qu'elle devrait être réellement, c'est-à-

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 290, p. 339.

dire une sorte de stage destiné à préparer l'enfant à l'accès à la complète capacité. Mais cette proposition ingénieuse fut repoussée (1). Les résultats furent, qu'ayant manqué son effet principal, l'émancipation ne fut pas utilisée et elle l'est de moins en moins (2).

Cette défaveur tient à ce qu'elle ne correspond plus aux besoins du moment et notamment à la nécessité qui se fait chaque jour plus pressante d'initier les jeunes gens au jeu des rapports juridiques.

A notre sens le système législatif, qui ne consent à dévoiler la personnalité juridique qu'à l'âge de 18 ans, est un système périmé, car il est effectivement de nombreuses situations dans lesquelles les individus se voient confier non seulement la jouissance théorique, mais l'exercice de droits et prérogatives importants bien avant cet âge.

Ce sont ces diverses situations que nous nous proposons d'envisager dans la seconde partie de ce travail.

(1) FÉNET, *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, t. X, p. 564 et suiv.

(2) En 1911, alors que 622.725 personnes atteignaient l'âge de la majorité, le nombre des mineurs émancipés n'était que de 2.957.

DEUXIEME PARTIE

DES DIVERSES HYPOTHÈSES. DANS LESQUELLES IL EST DÉROGÉ AUX RÈGLES DE L'INCAPACITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE DU MINEUR (1)

MM. Planiol et Ripert (2) énumérant ces diverses hypothèses les classent en deux catégories.

Ils envisagent : 1° les actes que le mineur peut faire seul et ils font entrer dans ce groupe les actes conservatoires, le testament, la reconnaissance d'enfant naturel, les dépôts et retraits dans les caisses d'épargne, l'engagement militaire, l'exercice de l'action en main levée d'opposition à mariage (loi du 15 mars 1933, modifiant l'article 177 du Code civil) et enfin la faculté de plaider seul relativement à sa profession devant le juge de Paix ou le Conseil des Prud'hommes ;

Et 2° les actes que le mineur, par exception à la règle de représentation, peut et doit accomplir personnellement, mais à condition d'avoir obtenu au préalable l'assistance

(1) Nous n'envisageons ici que la situation du mineur non émancipé.

(2) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e éd., 1937, t. I, n° 1617 et s.

de ses parents ou de son tuteur ; parmi ces actes MM. Planiol et Ripert citent notamment le mariage, l'adoption (lorsque l'adopté est âgé de plus de 16 ans), la réclamation de la nationalité française et l'engagement maritime (loi du 13 décembre 1926, portant Code du travail maritime, art. 110).

Bien que cette classification ait l'avantage de préciser la portée exacte des pouvoirs et de la capacité reconnus aux mineurs dans les diverses situations envisagées, nous avons préféré présenter nos développements sous une autre forme. Nous envisagerons successivement les possibilités d'action accordées aux mineurs en matière extrapatrimoniale, en matière patrimoniale et dans le domaine de la législation du travail (choix et exercice d'une profession), puis nous étudierons la situation du mineur commerçant, l'exercice d'un mandat par le mineur et enfin les questions de responsabilité et de nationalité. C'est dire que cette seconde partie comportera sept chapitres.

On nous objectera sans doute que ce plan ne présente pas un groupement rationnel et qu'il aurait peut-être été possible de classer les différentes matières étudiées soit selon les raisons profondes qui ont fait déroger à l'incapacité du mineur, soit selon le degré de capacité qu'il retire de ces dérogations, soit enfin selon l'âge à partir duquel il peut s'en prévaloir.

En réalité aucune de ces trois méthodes n'est satisfaisante.

Si l'on cherche à déterminer les motifs qui ont incité le législateur à déroger expressément aux principes formulés par les articles 1124 et 450 C. civ., on s'aperçoit qu'ils se rattachent pour la plupart au seul principe du respect de la liberté individuelle, principe qui rend impossible

l'utilisation du système de la représentation légale chaque fois que l'acte à accomplir met en jeu la liberté de l'individu ou l'oblige à des prestations personnelles. Il n'est guère, en effet, que les questions de l'exercice d'un commerce et d'un mandat par les mineurs, la matière des actes conservatoires et les questions de responsabilité à qui l'on puisse assigner, respectivement, comme fondement soit les exigences de la vie économique, soit le caractère d'urgence des actes à accomplir, soit enfin le devoir de réparation qui incombe à tout auteur d'un dommage causé à autrui. Nous ne pouvions donc pas procéder à des distinctions sur cette base, car cela aurait provoqué de trop grandes disproportions entre les divers chapitres.

Mais nous ne pouvions pas davantage songer à hiérarchiser selon l'intensité ou l'ampleur du surcroît de capacité qu'elles procurent aux mineurs les différentes hypothèses que nous nous proposons d'étudier : on ne saurait, en effet, dire avec certitude que l'art. 904 C. civ., par exemple, qui permet au mineur, dès seize ans, de disposer par testament d'une partie de ses biens, lui donne une capacité plus large que l'art. 1398 C. civ. qui autorise le mineur habile à contracter mariage à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible.

Enfin, nous n'avons pu classer ces diverses exceptions à l'incapacité du mineur selon l'âge auquel elles peuvent intervenir puisque parfois, (questions du mandat et de la responsabilité civile) cet âge n'est pas précisé et que dans les autres cas il est fixé à des époques très variables, bien que pour ce faire on tienne généralement compte de considérations de discernement et de développement intellectuel dont l'interprétation devrait donner des résultats assez uni-

formes quelque soit le domaine dans lequel elles sont appelées à jouer.

Ainsi la division en sept chapitres que nous avons annoncée plus haut ne répond à aucune notion juridique précise. Elle n'est cependant pas arbitraire, car dans notre esprit, en reprenant successivement les branches essentielles du droit privé (droit civil, législation du travail, droit commercial, droit pénal et droit international privé) nous irons des situations communes, ayant de nombreux cas d'application pratique aux situations plus exceptionnelles, comme celles du mineur commerçant ou du mineur exerçant un mandat

Cette méthode en nous mettant d'abord en présence de solutions traditionnelles incontestées (mariage, contrat de mariage, testament des mineurs) a l'avantage de nous fournir une base solide grâce à laquelle nous pourrons régler les difficultés et combler les lacunes qui peuvent se faire jour dans des matières d'élaboration plus récente comme la législation du travail.

CHAPITRE I

DES DÉROGATIONS APPORTÉES AUX RÈGLES DE L'INCAPACITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE DES MINEURS EN MATIÈRE EXTRAPATRIMONIALE

Nous étudierons successivement dans ce chapitre le mariage et l'adoption des mineurs, la reconnaissance d'enfant naturel par un mineur et enfin la question de savoir si un mineur peut valablement défendre seul à l'action en recherche de paternité.

SECTION I. — Le Mariage des Mineurs

Le Code civil, reprenant l'ancienne distinction entre pubères et impubères, a décidé que les jeunes gens pourraient valablement contracter mariage dès 18 ans et les jeunes filles dès 15 ans révolus, pourvu qu'ils aient obtenu le consentement de leurs parents.

Cette substitution du système de l'assistance au système de la représentation est trop dans l'ordre naturel des choses pour que nous cherchions à la justifier. Notons simplement pour l'instant que ce phénomène se retrouve dans de nombreuses situations voisines et qu'il serait grandement souhaitable de le voir se généraliser et s'appliquer à l'ensemble des actes extrapatrimoniaux.

Comme nous ne pouvons songer à présenter ici une étude d'ensemble de cette matière, ni même à établir la liste des différentes personnes appelées à consentir au mariage des mineurs dans les différentes hypothèses concevables, nous nous bornerons à envisager très brièvement trois questions :

1° Les variations de notre législation positive en matière de majorité matrimoniale.

2° La situation visée par l'article 150, al. 2 nouveau du Code civil

3° L'exercice de l'action en main-levée d'opposition à mariage.

Ces 3 points sont d'importance et de nature très diverses ; ils peuvent néanmoins être logiquement réunis sous une même rubrique, car tous trois établissent, qu'en dépit de l'extrême gravité des décisions à prendre le législateur et la jurisprudence n'ont pas hésité à simplifier et même à réduire à néant les formalités pouvant entraver la célébration des mariages et à élargir de plus en plus les possibilités d'intervention personnelle des mineurs.

L'évolution juridique en matière de majorité matrimoniale :

Sous l'empire des textes de 1804 (ancien art. 148), la majorité matrimoniale, distincte de la majorité civile ordinaire, était fixée à 25 ans pour les hommes et à 21 ans pour les femmes ; en outre et bien que l'enfant ait eu la possibilité de se marier contre le gré de ses parents dès qu'il avait atteint cette majorité spéciale, il restait tenu jusqu'à l'âge de 30 ans, de requérir leur consentement et s'il ne l'obtenait pas de leur adresser des « actes respectueux », sorte de sommation notifiée par deux notaires ; ces « actes respectueux » devaient être réitérés à trois repri-

ses différentes de mois en mois ; un mois après la troisième notification, il pouvait être passé outre au silence ou au refus des parents et procédé à la célébration du mariage. (Ancien art. 151 et loi du 20 juin 1896).

A ce système compliqué la loi du 21 juin 1907 substitua le système des « notifications » ; la notification était un acte signifié par un seul notaire et sollicitant des parents leur consentement à l'union projetée ; trente jours après l'accomplissement de cette formalité il pouvait être procédé au mariage, nonobstant le silence ou le refus des parents. La loi du 9 août 1919 réduisit ce délai de trente jours à 15 jours.

Puis les lois du 7 février 1924 et du 17 juillet 1927, encore plus libérales, décidèrent qu'au cas de dissentiment entre le père et la mère, il pourrait être passé outre à la célébration du mariage immédiatement après la notification et à l'expiration d'un délai de 15 jours seulement si les père et mère ou le survivant d'eux ont refusé leur consentement.

Enfin, achevant cette évolution, la loi du 2 février 1933, en supprimant la formalité de la notification, a abouti à faire coïncider exactement la majorité matrimoniale et la majorité de droit commun.

Quoique cette question ne concerne pas les mineurs, au sens où nous entendons ce terme, c'est-à-dire les personnes n'ayant pas encore atteint l'âge de 21 ans, il nous a paru intéressant de lui consacrer quelques développements pour mieux souligner ce fait que l'évolution législative dont elle a fait l'objet s'est constamment poursuivie dans le sens d'un plus grand libéralisme.

L'article 150, alinéa 2 nouveau du Code civil :

Ce texte, bien que de peu d'intérêt pratique, est remar-

quable parce qu'il envisage une situation dans laquelle le mineur est appelé à jouer un certain rôle dans la détermination des personnes devant consentir à son union. Il dispose que « si la résidence actuelle des père et mère est « inconnue et s'ils n'ont pas donné de leurs nouvelles « depuis un an, il pourra être procédé à la célébration du « mariage si les aïeuls et aïeules, ainsi que l'enfant lui-même en font la déclaration sous serment. Il en est de « même si, un ou plusieurs aïeuls ou aïeules donnant leur « consentement au mariage, la résidence actuelle des autres « aïeuls ou aïeules est inconnue et s'ils n'ont pas donné de « leurs nouvelles depuis un an ». Pareillement l'enfant naturel, qui ignore le lieu où habite celui de ses parents qui doit consentir à son union, est admis à rapporter la preuve de ce fait en prêtant serment devant le magistrat cantonal.

Bien qu'il ne s'agisse nullement, au bénéfice de cette formalité, d'accorder au mineur toute liberté pour se marier, il reste intéressant de souligner l'efficacité juridique qui est ainsi reconnue au serment qu'il prononce.

L'exercice de l'action en main-levée d'opposition à mariage :

La main-levée est le retrait de l'opposition ; elle peut être soit volontaire, soit judiciaire.

A défaut de désistement volontaire de la part de l'opposant, le futur époux contre lequel l'opposition est formée peut en demander la main-levée en justice.

Dans sa rédaction initiale l'art. 177 C. civ. qui vise cette matière disposait : « le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en main-levée ». L'imprécision de ce texte donna lieu à certaines difficultés d'interprétation ; on ne savait trop, en effet,

lorsque l'action concernait des mineurs, si par application des principes généraux, on devait en confier l'exercice au tuteur ou au contraire permettre aux intéressés d'agir personnellement.

Bien que la question soit peu sujette à litige, la jurisprudence eut l'occasion de prendre parti ; c'est ainsi qu'un jugement du tribunal d'Auxerre du 2 octobre 1891 (1) décida que le mineur, étant légalement relevé de son incapacité en ce qui concerne le droit de contracter mariage, avait qualité pour introduire en dehors du tuteur, dès 18 ou 15 ans, toutes les instances qui se rattachent directement à l'exercice de ce droit et notamment une instance en main-levée d'opposition à mariage, à condition toutefois qu'il fût assisté par les personnes dont le consentement est légalement requis pour son mariage.

C'est cette solution, très logique que, pour mettre fin, aux dissensions jurisprudentielles, le législateur a consacré assez récemment. L'article 2 de la loi du 15 mars 1933, modifiant l'article 177 du Code civil, a disposé en effet que le tribunal de première instance prononcerait dans les dix jours sur la demande en main-levée formée par les futurs époux, même mineurs.

★ ★

Qu'il s'agisse de nouvelle rédaction de l'article 150 ou de celle de l'article 177 du Code civil, il convient à notre sens de voir dans ces textes, au-delà des dispositions destinées à faciliter l'accession au mariage et à détourner de l'union libre, un signe évident du désir du législateur d'octroyer au

(1) Tribunal d'Auxerre, 2 octobre 1891, *Pandectes françaises*, périodique, 1893, 2.236.

mineur une liberté d'action plus grande que celle que lui consentait le Code civil dans sa rédaction originale.

SECTION II. — L'Adoption des Mineurs

La loi du 19 juin 1923 et le décret-loi du 29 juillet 1939 (1), qui successivement ont refondu notre régime de l'adoption, nous procurent une preuve supplémentaire de la tendance signalée précédemment.

La loi de 1923 qui introduisait dans notre droit l'adoption des mineurs décidait, en effet, qu'au cas où l'adopté serait âgé de plus de seize ans son consentement personnel à l'adoption serait nécessaire au même titre que celui de ses parents ou du Conseil de famille (les ascendants ne peuvent intervenir en cette matière). Et d'une manière plus précise, il apparaissait bien à lire le nouvel article 360 C. civ. que le mineur âgé de plus de seize ans ne devait pas se borner à consentir à son adoption, mais qu'il devait agir personnellement, participer à l'acte et comparaître lui-même ou par fondé de procuration spéciale et authentique devant le juge de paix ou le notaire ; de même devait-on lui reconnaître qualité pour demander seul l'homologation par le tribunal du contrat solennel ainsi passé

Le décret-loi du 29 juillet 1939 a confirmé cette interprétation. L'article 358 nv. du Code civil dispose en effet : « La personne qui se propose d'adopter et celle qui veut être adoptée, si elle est majeure, ou si, même mineure, elle a atteint l'âge de seize ans, doivent se présenter devant le juge de paix du domicile de l'adoptant ou devant un

(1) Décret relatif à la famille et à la natalité française, *Journal officiel* du 30 juillet 1939, Rectificatif, *Journal Officiel* des 5 et 29 août.

notaire, pour y passer acte de leurs consentements respectifs. »

« Si l'adopté a moins de seize ans, l'acte est passé en son nom par son représentant légal ».

Dans ce domaine, comme en matière de mariage l'intervention des autorités détentrices de la puissance paternelle doit donc se réduire à une simple assistance.

On peut d'ailleurs relever dans ce même décret-loi du 29 juillet 1939 d'autres dispositions, qui sans accorder aux mineurs un réel accroissement de capacité prouvent que le législateur a compris qu'à partir d'un certain âge la personnalité juridique de l'adolescent s'était suffisamment affirmée pour qu'il fût inadmissible que des tiers, fussent-ils des proches parents, puissent librement modifier son état. On peut rattacher à cette idée notamment les articles 350 (al. 1 et 2) et 367 (al. 1) nouveaux du Code civil, ainsi que les articles 103 et 104 du décret-loi.

L'article 350 nouveau qui traite de la question du nom de l'adopté, décide dans son alinéa 1 que « l'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier » ; puis il ajoute dans son alinéa 2 : « Si l'adopté est mineur de 16 ans au jour du contrat, l'adoption lui confère purement et simplement le nom de l'adoptant, à moins qu'il n'en soit autrement décidé par le jugement d'homologation ». Ainsi, interprété « *a contrario* » ce texte semble bien signifier que le mineur âgé de plus de seize ans ne peut pas perdre définitivement son nom et se voir imposer le seul nom de l'adoptant ; il conservera son patronyme et y ajoutera celui de l'adoptant.

L'article 367 nouveau vise la révocation de l'adoption (1) ;

ART. 367. — L'adoption peut être révoquée, s'il est justifié de motifs

l'article 370 qui dans la rédaction de la loi de 1923 traitait de cette matière disposait que « la révocation de l'adoption peut, s'il est justifié de motifs très graves, être prononcée par le tribunal sur la demande de l'adoptant ou sur celle de l'adopté ». Le nouveau texte est sensiblement différent ; notons d'abord que l'adverbe « très » qui était adjoint à l'expression « motifs graves » a disparu dans la rédaction de l'article 367 ; ainsi la révocation est plus largement ouverte eu égard aux faits qui peuvent la justifier ; à l'inverse son champ d'application est réduit dans le temps puisque désormais aucune demande de révocation n'est recevable si l'adopté n'a pas atteint l'âge de treize ans.

Comment expliquer cette dernière disposition ? Doit-on la considérer comme étant la simple contrepartie de la suppression de l'adverbe « très » ou au contraire y rechercher une nouvelle expression du souci que paraît avoir eu le législateur d'enlever aux tiers la faculté de modifier à leur guise l'état du mineur ?

Si l'on opte pour cette seconde manière de voir, il est logique de décider que le mineur âgé de plus de treize ans peut et doit participer à la demande en révocation ; mais sous quelle forme doit-il intervenir ? Doit-il, en raison de son jeune âge, se borner à donner son consentement aux personnes habilitées pour le représenter et engager l'instance en son nom ou peut-il au contraire agir lui-même avec la seule assistance de ces mêmes personnes, comme doit le faire le mineur de plus de seize ans lors de la passation du contrat d'adoption ?

graves, par une décision du tribunal, rendue à la demande de l'adoptant ou de l'adopté ; néanmoins, aucune demande de révocation n'est recevable lorsque l'adopté est encore mineur de moins de 13 ans.

A vrai dire, quelque soit la réponse que l'on donne à cette question, on n'aura pas pour autant épuisé les difficultés que soulève la matière. En effet, que l'on opte pour le système de la représentation ou pour celui de l'assistance, la question de savoir qui, dans une semblable instance, peut représenter ou assister le mineur se pose aussitôt.

Bien qu'étant seul investi des droits de la puissance paternelle (art. 451 nv. al. 2) on ne peut songer à confier cette mission à l'adoptant, puisque c'est contre lui qu'est dirigée la demande. Peut-on alors se retourner vers la famille d'origine (1) du mineur à laquelle il n'a jamais cessé d'appartenir (art. 351 nv. al. 1) et décider que c'est aux membres de celle-ci, essentiellement aux père et mère de l'enfant, de le représenter ou de l'assister (2) ? Cette solution semble logique. Cependant elle ne résout pas pour autant l'intégralité du problème. Que décidera-t-on, en effet au cas où cette famille d'origine aura disparu et sur-

(1) Nous employons ici l'expression de « famille d'origine » au lieu de « famille naturelle » pour éviter des confusions d'autant plus concevables désormais que l'adoption des enfants naturels admise par la jurisprudence, dont le point de vue semble d'ailleurs confirmé indirectement par l'art. 351 actuel du Code civil. On peut lire en effet dans ce texte que « si l'adoptant ou l'adopté ont le même nom patronymique, aucune modification n'est apportée au nom de l'adopté » ; or, cette hypothèse se rencontrera notamment dans les cas où l'adopté aura été précédemment reconnu par l'adoptant.

(2) Dans les cas où il s'agira d'un enfant naturel, cette mission devra être confiée au Conseil des Tutelles. Cet organisme a été substitué au Tribunal civil par le décret-loi du 29 juillet 1939 modifiant l'art. 289 C. civ. pour remplir vis-à-vis des enfants naturels le rôle dévolu au Conseil de famille des enfants légitimes. Présidé par le juge de paix, il se compose de six membres de l'un ou de l'autre sexe et de six suppléants nommés, avec leur agrément, par le tribunal de première instance au début de chaque année judiciaire et choisis par lui, sur les listes établies par canton, par les soins du Procureur de la République.

tout au cas où, conformément à l'article 352 nv. (1), le tribunal en homologuant l'acte d'adoption aura décidé que l'adopté cesserait d'en faire partie ?

Toutes ces difficultés prouvent combien il sera malaisé de s'en tenir aux principes généraux de la représentation et de l'assistance en cette matière et à notre sens il convient de permettre au mineur de plus de treize ans de demander seul la révocation de son adoption ; par analogie avec la loi pénale (2), on doit considérer qu'à partir de cet âge il peut être capable de discernement ; au surplus la sagesse des tribunaux auxquels appartient en définitive la décision doit remédier à ce que cette mesure pourrait avoir d'aveux.

Les deux derniers textes auxquels nous avons fait allusion précédemment, les articles 103 et 104 du décret-loi du 29 juillet 1939 ne visent que des mesures transitoires se rattachant à l'institution nouvelle de la légitimation adoptive (3) (art. 368, 369 et 370 nouveaux du Code civil). Cette institution, qui confère à l'enfant adopté les mêmes droits que s'il était né du mariage, ne peut être demandée que conjointement par des époux non séparés de corps, âgés de plus de 40 ans et n'ayant ni enfants, ni descendants légitimes ; de plus elle n'est permise qu'en faveur

(1) *Article 352 nouveau* : Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article précédent, le tribunal, en homologant l'acte d'adoption, peut, à la demande de l'adoptant et s'il s'agit d'un mineur de 21 ans, décider, après enquête, que l'adopté cessera d'appartenir à sa famille naturelle sous réserve des prohibitions au mariage visées aux art. 161, 162, 163 et 164 du présent Code. Dans ce cas aucune reconnaissance postérieure à l'adoption ne sera admise ; d'autre part, l'adoptant ou le survivant des adoptants pourra désigner à l'adopté un tuteur testamentaire.

(2) Loi du 22 juillet 1912.

(3) Cf. thèse PAUTET, Dijon, 1940. *La légitimation adoptive*.

des enfants âgés de moins de 5 ans et dont les parents sont inconnus (art. 368 nv.). A titre transitoire, l'article 103 prévoit que pendant un an à partir de la publication du décret-loi du 29 juillet 1939, le bénéfice de la légitimation adoptive pourra être étendu aux enfants adoptés antérieurement à cette date si les conditions exigées par le nouvel article 368 C. civ. se trouvent remplies à la fois au moment de l'adoption et à celui du dépôt de la requête en légitimation. Et le texte ajoute qu'il pourra même être dérogé à la condition d'âge imposée à l'enfant adopté s'il n'a pas dépassé l'âge de 16 ans au 29 juillet 1939.

Comment interpréter cette dernière disposition ? Il ne semble pas que l'on puisse la rattacher à l'exigence d'une participation effective du mineur à l'acte d'adoption lorsqu'il a atteint l'âge de seize ans, puisqu'aussi bien la loi aurait pu décider que la légitimation adoptive était possible au delà de cet âge, à condition d'obtenir le consentement et la participation de l'intéressé à l'opération.

A notre sens, on ne peut expliquer cette limitation de la faculté de recourir à la légitimation adoptive, qu'en faisant appel à cette idée déjà exprimée, selon laquelle le législateur estime qu'à 16 ans la personnalité juridique de l'adolescent est déjà trop affirmée pour qu'on puisse librement en bouleverser les fondements.

Notons enfin qu'en permettant à l'adoptant, pendant ce même délai d'un an, de demander au tribunal de conférer son nom à l'enfant adopté par lui antérieurement au 29 juillet 1939, à condition que l'enfant eût dépassé 16 ans à cette date, l'art. 104 du décret-loi consacre une disposition analogue à celle de l'art. 350 nv. que nous avons commenté plus haut.

SECTION III. — **La reconnaissance d'enfant naturel**

La loi ne s'explique pas sur la capacité requise pour reconnaître un enfant naturel. L'application du principe de l'incapacité générale des mineurs devrait nous conduire à leur refuser cette faculté. Mais le représentant légal n'ayant certainement pas qualité pour accomplir un acte aussi essentiellement personnel, cette solution serait doublement regrettable : elle empêcherait la légitimation de l'enfant par le mariage de ses parents jusqu'à leur majorité, de plus l'enfant serait nécessairement privé de son état si ses auteurs décédaient avant leur majorité.

Ceci explique qu'il soit communément admis que le mineur émancipé ou non, comme les autres incapables, peut procéder valablement, sans assistance d'aucune sorte, à la reconnaissance d'un enfant naturel.

A l'appui de cette conception, on a dit que le mineur ayant agi seul, ne pouvait attaquer ses actes que s'ils lui causaient une lésion ; or a-t-on fait remarquer, la reconnaissance, acte essentiellement moral, n'entraîne pas de lésion par elle-même. Cette considération n'est nullement décisive, car si en effet la reconnaissance a surtout une portée morale, elle a également des incidences patrimoniales ou plus exactement la filiation qu'elle constate engendre des effets pécuniaires qui seront vraisemblablement une source d'appauvrissement pour le mineur ; d'autre part la règle qui est invoquée ne s'applique qu'aux actes pour lesquels le mineur est incapable, or il est admis que le mineur est capable d'avouer sa paternité ou sa maternité (1).

(1) Cass., Req., 4 novembre 1835, S. 1835.1.785 ; Rennes, 2 mars 1882,

On a encore prétendu, en s'appuyant sur l'art. 1310 C. civ., que le mineur ayant commis une faute ou plutôt un quasi délit, dont l'enfant a été la victime, en doit réparation. Notons d'abord qu'il est douteux que l'enfant puisse être considéré comme une victime du seul fait de sa mise au monde; en outre l'art. 1310 suppose que la faute commise par le mineur est prouvée, puisqu'il l'oblige à en subir les conséquences, or la question est de savoir si la reconnaissance faite par le mineur prouve qu'il est l'auteur de l'enfant. Il faudrait que cette question soit résolue pour que l'on puisse songer à appliquer l'article 1310.

Enfin on a tiré argument des termes généraux de l'art. 334 C. civ. qui ne distingue pas entre majeurs et mineurs; mais il est aisé de voir que ce texte est étranger à la question, car il règle les formes de l'acte et non la capacité nécessaire pour l'accomplir.

En réalité, il faut admettre que l'incapacité des mineurs ne peut s'étendre aux actes qui supposent une manifestation personnelle de volonté. La reconnaissance d'un enfant naturel est une déclaration, un aveu; il suffit pour pouvoir y procéder valablement d'être capable de faire une déclaration digne de foi et d'avoir la nette compréhension de ce que l'on fait, c'est-à-dire un discernement suffisant.

L'acte ainsi accompli ne pourra être attaqué ni par voie de rescision, ni par voie de nullité; par contre il ne sera pas valable si le consentement de l'auteur a été vicié par dol, erreur ou violence, bien qu'il y ait eu aveu de paternité ou de maternité (1).

D. 1884.1.386; AUBRY et RAU, *Traité de Droit civil*, 5^e éd., t. IX, § 568, p. 229 et suiv.

(1) Tribunal de Lyon, 9 janvier 1926, *La Loi*, 25 avril 1926, note Ed. LÉVY.

Et finalement une seule question, dans ce domaine, reste discutée : doit-on considérer comme valable la reconnaissance opérée par un mineur non encore pubère ?

Magnin dans son traité « des Minorités » (1), s'est prononcé pour la négative. La jurisprudence, au contraire, estime qu'une reconnaissance ne saurait être annulée motif pris de ce que son auteur n'avait pas atteint l'âge de quatorze ans lors de la conception de l'enfant (2) ; toutefois elle admet que la sincérité n'en saurait être admise lorsqu'elle émane d'un individu extrêmement jeune (3). Au total, il semble bien que la solution de cette difficulté soit laissée à l'appréciation des juges du fond.

SECTION IV. — De la défense à l'action en recherche de paternité naturelle intentée contre un mineur

Le mineur peut-il défendre seul à l'action en recherche de paternité ?

Prenant très délibérément parti, la doctrine (4) répond à cette question qu'à défaut d'une dérogation expresse de la loi, il convient de s'en tenir au principe de l'incapacité ; et elle décide que lorsque le père prétendu est un mineur non émancipé l'instance doit être engagée contre son représentant légal. En face de ce paradoxe, qui consiste à exclure d'une procédure le principal intéressé, la jurisprudence fait preuve d'indécision. Dans la pratique, on voit la mère

(1) MAGNIN, *Des Minorités*, II, n° 218.

(2) Rennes, 8 mars 1882, D. 1884, I, 386.

(3) Douai, 6 juin 1851, D. 1852.2.221.

(4) ROUAST, *La Famille*, n° 920 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élém. de droit civil français*, 8^e éd., t. I, n° 326 ; WAHL, *La Recherche de la Paternité*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1913, p. 5 et suiv., n° 76 ; SAVATIER, *La Recherche de la Paternité*, n° 76.

naturelle assigner tantôt le représentant légal seul (1), tantôt le mineur et son représentant conjointement (2), sans d'ailleurs que les tribunaux aient eu à se prononcer pour l'une de ces solutions plutôt que pour l'autre.

La question étant ainsi posée, il apparaît que deux auteurs ont tenté assez récemment de la résoudre et qu'ils ont abouti à des conclusions diamétralement opposées.

Pour M. Carbonnier (3), sur le terrain exégétique, la solution, qui refuse au mineur la faculté de défendre seul à l'action en recherche de paternité, semble bien échapper à toute critique et cet auteur s'en tiendrait volontiers à cette opinion, s'il ne trouvait dans une matière très proche des motifs de douter ; il relève en effet qu'il est unanimement admis que le mineur peut personnellement et sans assistance d'aucune sorte reconnaître un enfant naturel ; selon lui il est vain de chercher à justifier cette particularité en prétendant que la reconnaissance n'est au fond que la réparation d'un quasi-délit, l'exécution d'une obligation naturelle ou simplement l'aveu d'un fait, activités juridiques qui sont possibles au mineur : « la vérité est que les arrêts « et les auteurs n'ont pas hésité à faire fléchir le principe « légal de l'incapacité devant des considérations purement « rationnelles » : considérations qui sont relatives non seulement au caractère personnel de l'acte envisagé, mais encore à ce fait que le maintien de l'incapacité du mineur équivaldrait, en l'occurrence, à rendre la reconnaissance impraticable jusqu'à la majorité du prétendu père et également à faire produire à une incapacité d'exercice les effets d'une incapacité de jouissance.

(1) Paris, 28 avril 1925, D. H. 1925, 415.

(2) Poitiers, 8 janvier 1932, D. 1933.2.99.

(3) Note CARBONNIER sous D. 1935.1.52.

A ces constatations M. Carbonnier ajoute que le principe de l'incapacité du mineur ne doit pas avoir plus de force lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance forcée que lorsqu'il s'agit d'une reconnaissance volontaire ; les mêmes motifs d'y déroger se retrouvent dans les deux hypothèses ; « le « bon sens, écrit-il, répudie un système où la discussion « d'une filiation, sous le contrôle de la justice, serait traité « comme un acte plus dangereux que l'acceptation spontanée d'une paternité de persuasion ».

Poursuivant sa démonstration l'arrétiste repousse l'adoption d'une solution moyenne qui consisterait à substituer le système de l'assistance à celui de la représentation ; « un « procès tel que la recherche de paternité implique de la « part du défendeur trop d'appréciations personnelles, « morales, consciencieuses, pour que l'on puisse faire « dépendre sa marche même indirectement de la volonté « d'un tiers ».

Puis cherchant un appui dans les textes il pense le trouver dans l'article 340, al. 10. Selon M. Carbonnier, en effet, ce texte, en décidant que pendant la minorité de l'enfant la mère, même mineure, a seule qualité pour intenter l'action, révèle le désir du législateur « de faire de la recherche « de paternité un procès débattu avant tout et dans toute « la mesure du possible entre les deux parents de l'enfant ».

Et cet auteur conclut en affirmant qu'il est facile de donner à la solution qu'il propose une base plus systématique que la seule considération du caractère personnel de l'action envisagée ; cette base il croit la trouver dans la notion de capacité anticipée, notion qu'il précise dans les termes suivants : « la déclaration judiciaire de paternité d'un « mineur emporte à son profit la capacité d'exercer sur ses « enfants les droits de puissance paternelle et d'une façon

« plus générale tous les droits qui découlent de la qualité
« de père. C'est donc une espèce d'émancipation légale à
« objet limité qui intervient. Est-ce que la capacité du
« mineur, prétendu père, pour défendre à l'action en
« recherche n'escompte pas cette émancipation partielle,
« comme la capacité des fiancés mineurs pour agir en
« main-levée d'opposition escompte la pleine émancipa-
« tion qui résultera du mariage ? Que le mineur dans un
« cas repousse, dans l'autre provoque le fait d'où découlera
« sa capacité, ce n'est pas une différence qui fasse dispa-
« raître l'identité profonde du phénomène... Il y a là une
« notion qui ne se confond pas avec l'effet juridique rétro-
« actif. La théorie de l'effet anticipé est encore à construire
« mais on peut entrevoir, d'ores et déjà, qu'elle serait de
« nature à écarter certaines solutions regrettables admises
« par la jurisprudence, telle en matière de désaveu (art. 318)
« la nomination du tuteur « *ad hoc* » par les parents provi-
« soires de l'enfant, telle ici l'incapacité du mineur pour
« défendre seul à l'action en recherche de paternité ».

Cette théorie audacieuse n'a pas été naturellement sans soulever de vives critiques ; celles-ci ont été reprises par M. Lagarde, dans un article paru dans la « Revue trimestrielle de Droit civil » de 1935 (1).

Cet auteur, après avoir constaté que divers tribunaux (2) reconnaissent effectivement qualité au mineur non émancipé pour défendre seul à l'action en recherche de paternité naturelle, considère que la dérogation ainsi apportée à l'article 450 est insuffisamment justifiée.

(1) *Revue trim. de Droit civil*, 1935, p. 630.

(2) Tribunal Clamecy, 5 mai 1933, S. 33.2.167, *Revue trimestrielle*, 1933, p. 865 ; Tribunal Nancy, 31 octobre 1934, *G. P.*, 1934, 2^e semestre, p. 892.

Il estime en particulier que l'habilitation donnée à la mère naturelle par l'art. 340, al. 10, est de toute évidence une disposition exceptionnelle, excluant toute possibilité de généralisation par voie d'analogie.

Quant à la capacité reconnue aux mineurs en matière de reconnaissance volontaire, elle serait fondée, toujours selon le même auteur, non pas sur le désir de voir s'élargir le champ de leur activité juridique, mais bien plutôt sur l'intérêt de l'enfant dont la filiation est en cause ; on peut redouter, en effet, s'il faut attendre pour agir que le père prétendu soit devenu majeur, non seulement que le sentiment du devoir ne s'émousse, chez lui, avec le temps, mais encore que les preuves de sa paternité s'estompent ou même disparaissent.

Ayant ainsi démontré que les arguments de texte et d'analogie dont M. Carbonnier fait état sont mal fondés, M. Lagarde conclut, en plein accord avec la majorité de la doctrine et quelques tribunaux (1), que l'action doit être dirigée contre le représentant légal du mineur, sans qu'il soit besoin de mettre en cause ce dernier. Cependant il admet qu'en bonne législation il serait peut-être opportun d'exiger cette mise en cause, sans qu'il s'agisse pour autant d'assistance au sens strict du mot.

Cette dernière suggestion a été reprise et développée par un troisième auteur, M. Hébrand dans la « Revue critique de législation et de jurisprudence » de 1936 (2). Selon M. Hébrand, il est utile de mettre le mineur en cause parce qu'il pourra toujours être entendu à titre de partie dans un interrogatoire sur faits et articles ou lors d'une compa-

(1) Tribunal des Sables-d'Olonne, 5 avril 1935, *G. P.*, 1935, 2^e semestre, p. 56.

(2) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, p. 10.

rution personnelle et qu'il manifestera ainsi l'intérêt qu'il a à agir. La situation ainsi créée semble très voisine de celle qui résulterait de l'assistance du mineur par son représentant légal, en réalité elle en est différente car au fond elle n'implique qu'une simple juxtaposition des parties, le père ou le tuteur conservant effectivement la direction de l'instance.

Que penser de cette polémique ?

Il n'entre pas dans nos vues de prendre délibérément parti pour l'une plutôt que pour l'autre des opinions précédemment rapportées et de nous prononcer pour ou contre l'octroi au mineur de la faculté de défendre seul à l'action en recherche de paternité.

La question qui se pose est d'une portée beaucoup plus grande et c'est en réalité toute le régime de l'exercice des actions d'état par les incapables qui est en jeu.

En dépit des réformes récentes, signalées plus haut (art. 177 nouveau, loi du 15 mars 1933 ; art. 360 nouveau, loi du 19 juin 1923) qui semblent indiquer que le législateur contemporain s'est résolu à desserrer l'étreinte qui sous prétexte de protéger le mineur, menaçait d'étouffer en lui tout sentiment d'indépendance, notre droit reste, en cette matière extrapatrimoniale, très incohérent. En effet s'il est exact que certains actes et certains droits, comme le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, les droits de puissance paternelle, sont d'ordre trop intime pour qu'on permette au représentant légal de les passer ou de les exercer au nom des incapables, il n'en est pas moins vrai que certaines actions personnelles, exigeant l'appréciation la plus délicate, restent encore étrangères au système de l'assistance et ne peuvent être intentées que par représentation ; ce sont notamment l'action en recherche de

paternité (art. 340), l'action en désaveu, l'action en relèvement de nom (art. 1, *in fine*, loi du 2 juillet 1923) et d'après une jurisprudence constante l'action en nullité de mariage ; c'est à peine si les tribunaux reconnaissent au mineur le droit de plaider lui-même dans une action en interdiction, en dation de conseil judiciaire ou en déchéance de la puissance paternelle, intentée contre lui (1).

Pour remédier aux inconvénients qui résultent de ces solutions manifestement exagérées, il nous semble que l'on pourrait avantageusement, comme le préconisent MM. Planiol et Ripert (2) exiger, à partir de 16 ans, la mise en cause du mineur dans toutes les actions intéressant son état et subordonner à son consentement l'exercice fait en son nom des actions considérées comme exclusivement réservées à la personne.

(1) Dijon, 24 avril 1830, *D. Jur. Gén.*, v° *Interdiction*, n° 54 ; S. 30.2.218 ; Nîmes, 23 avril 1839, *D. Jur. Gén.*, *eod verb.*, n° 250 ; S. 39.2.433 ; Bruxelles, 17 déc. 1850, *D. Jur. Gén.*, v° *Interdiction*, n° 19 ; Bordeaux, 6 juin 1855, S. 56.2.431.

(2) PLANIOL et RIPERT, *Traité*, en 14 vol., t. I, n° 529, *in fine*.

CHAPITRE II

DES DÉROGATIONS APPORTÉES AUX RÈGLES DE L'INCAPACITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE DES MINEURS EN MATIÈRE PATRIMONIALE

Les actes de portée pécuniaire sont, en principe, interdits aux mineurs ; la loi a entendu, en effet, protéger leurs biens autant que leurs personnes et l'article 1124 C. civ. notamment décide qu'ils sont incapables de contracter.

Les exceptions apportées à cette incapacité générale sont rares. Il en existe cependant.

Rappelons d'abord que le mineur émancipé, bien qu'également incapable de contracter, peut faire seul les actes de pure administration (art. 481 et 484 al. 1 C. civ.), parmi lesquels figurent beaucoup d'actes patrimoniaux et en particulier de nombreux contrats (baux de moins de neuf ans, vente de meubles corporels, louage de services ou contrats d'entreprise pour les besoins de l'exploitation des biens).

Notons encore que s'il est autorisé à faire le commerce le mineur émancipé acquiert une capacité presque complète pour faire les actes relatifs à ce commerce, car seule l'aliénation des immeubles lui reste interdite (art. 6 C. commerce). Enfin comme il a la direction de sa personne, il peut passer seul ses contrats de travail,

En ce qui concerne le mineur non émancipé, les dépôts et retraits de fonds dans les caisses d'Epargne (loi du 9 avril 1881, art. 6 et loi du 20 juillet 1895, art. 16) et l'affiliation à un syndicat professionnel (loi du 21 mars 1884, art. 4, modifié par la loi du 12 mars 1920) semblent être les seuls contrats ordinaires qu'il puisse conclure seul.

Mais ces divers points doivent faire l'objet de développements ultérieurs et finalement nous n'étudierons dans ce chapitre que les questions du testament et du contrat de mariage des mineurs. Il nous a paru logique de grouper ces deux matières car les importantes dérogations qu'elles apportent au principe de l'incapacité des mineurs ont un fondement commun : l'impossibilité d'user du système de la représentation légale dans l'accomplissement des actes comportant des appréciations d'ordre subjectif.

Au contraire les actes conservatoires qui ne sont permis au mineur qu'en raison de leur caractère d'urgence ne seront étudiés qu'en appendice.

SECTION I. — De la capacité de tester du mineur de plus de seize ans

Aux termes de l'article 904 C. civ., le mineur parvenu à l'âge de seize ans peut disposer de ses biens par testament jusqu'à concurrence de la moitié de ce dont la loi permet au majeur de disposer. Cette règle n'est pas une innovation des rédacteurs du Code civil ; déjà le droit romain et à sa suite l'ancien droit écrit admettaient la possibilité de tester dès l'âge de la puberté ; le droit coutumier, plus rigoureux, refusait en règle générale aux « sous agés » le droit de disposer de leurs « propres ».

1. *Portée exacte de la disposition de l'article 904 C. civ. :*

Ce texte ne signifie pas que le mineur puisse, dans tous les cas, disposer de la moitié de sa fortune ; il convient de tenir compte de la réserve héréditaire consentie à certains parents et au total il ne peut léguer que la moitié du disponible. Par suite s'il ne laisse que des collatéraux, il pourra léguer la moitié de l'ensemble de ses biens ; s'il ne laisse qu'un enfant, il pourra en léguer le quart ; si n'ayant pas d'enfant, il a encore ses père et mère, il ne pourra léguer également que le quart de ses biens. Toutes ces solutions résultent mathématiquement du jeu des règles de la vocation successorale et de la réserve.

Une difficulté toutefois s'est présentée, à propos du calcul de la part dont le mineur peut disposer au profit d'un de ses ascendants lorsque ce dernier se trouve en concours avec des collatéraux ordinaires représentants de l'autre ligne : le majeur qui ne laisse d'ascendant que dans une ligne, peut aux termes de l'article 914 disposer des $\frac{3}{4}$ de ses biens ; un mineur dans les mêmes conditions ne pourra disposer que de la moitié des $\frac{3}{4}$, c'est-à-dire des $\frac{6}{16}$ et s'il entend désigner comme légataire de cette quotité disponible l'ascendant déjà appelé, comme unique représentant de sa ligne à recueillir la moitié de la succession « *ab intestat* », ce dernier recueillera $\frac{6}{16}$ comme légataire et la moitié des $\frac{10}{16}$ restant, c'est-à-dire $\frac{5}{16}$: au total $\frac{11}{16}$; et les collatéraux ordinaires recevront $\frac{5}{16}$. Tel est le mode de computation préconisé par la doctrine (1) et qu'a consacré récemment le tribunal d'Auxerre (2). Ce système paraît assez critiquable, car il aboutit en fait à

(1) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. XI, p. 123.

(2) *Gazette des Tribunaux*, 29 mai 1921,

traiter l'ascendant légataire plus défavorablement que ne le serait un collatéral ordinaire. En effet comme le soutenait le plaideur devant le tribunal d'Auxerre : « Si je n'étais pas héritier réservataire, mais simplement un collatéral ordinaire le mineur aurait pu disposer à mon profit, non pas des $\frac{3}{4}$ de ses biens, mais de la moitié de la totalité, c'est-à-dire des $\frac{8}{16}$; venant ensuite « *ab intestat* » comme me représentant de ma ligne il me serait advenu $\frac{4}{16}$: au total $\frac{12}{16}$; ainsi la réserve destinée à protéger mes intérêts aboutit à me nuire ».

A ce raisonnement il fut objecté que l'article 904 C. civ. figure au chapitre « De la capacité de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou par testament » et non au chapitre « De la quotité disponible » et qu'en conséquence la considération déterminante en la matière, devait être l'intérêt du mineur et non celui de ses héritiers réservataires : objection d'ailleurs assez mal fondée, au moins en équité et qui a permis à l'auteur de conclure ironiquement : « Le mineur dans le système de l'article 904 serait-il donc regardé comme moins capable parcequ'il aurait vécu sous la domination de son père ou dans les jupes de sa grand'mère ? » (1).

2. Nature juridique de la disposition écrite dans l'art. 904 :

Selon l'opinion classique ce texte frappe le mineur d'un surcroît d'incapacité, qui présente sous certains angles tous les caractères d'une véritable indisponibilité fondée sur une idée de protection des intérêts de la famille.

De cette conception résultent les conséquences suivantes (2) :

(1) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, p. 777.

(2) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité de Droit civil*, en 14 vol., t. V, n° 200, p. 211-212.

— la capacité du testateur devra s'apprécier au moment de la confection du testament et non au moment de sa mort ;

— l'acte de disposition ne pourra jamais constituer un legs universel : et alors même qu'il embrasserait l'ensemble des biens dont le mineur peut disposer il ne pourrait s'analyser que comme legs à titre universel. Si le mineur ne laisse que des collatéraux, le légataire même qualifié d'universel devra demander aux héritiers la délivrance, conformément à l'article 1011 C. civ. (1).

— « la portion dont le mineur peut disposer reste invariablement fixée à la moitié du disponible, quelque soit la personne en faveur de qui le mineur teste », alors même que ce serait en faveur de son conjoint (2). Relativement à cette dernière hypothèse MM. Planiol et Ripert font remarquer que la solution ainsi admise se trouve en complet désaccord avec l'art. 1095 ; ce texte dispose, en effet, que le mineur qui fait une donation par contrat de mariage à son futur conjoint est assimilé à un majeur et peut donner dans les limites de la totalité du disponible entre époux ; par suite et puisque « le chapitre IX relatif aux « libéralités entre époux forme un tout qui exclut l'application de l'article 904 », « il serait préférable d'accorder « au mineur marié la possibilité de tester comme un « majeur en faveur de son conjoint » (3).

Notons enfin que l'article 904 ne s'oppose pas à ce que le mineur puisse faire d'autres actes que les legs ; il pourra, par exemple, nommer un exécuteur testamentaire ou opé-

(1) *Contra* : Poitiers, 22 janvier 1828, S. 1830.2.90.

(2) V. décisions et auteurs cités par PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, p. 211, note 4.

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, p. 141.

rer le partage de l'universalité de ses biens entre ses enfants sans avantager qui que ce soit.

3. Bien que, face à la tradition historique, la règle de l'article 904 puisse effectivement apparaître comme rigoureuse, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une dérogation catégorique et heureuse au principe d'incapacité du mineur : dérogation fondée sur le caractère essentiellement personnel de l'acte envisagé.

Est-ce à dire que le système ainsi consacré soit entièrement satisfaisant ?

Il ne le semble pas, car il donne lieu dans la pratique à de nombreuses difficultés ; sans prétendre en donner une liste complète il convient de signaler spécialement celles qui ont trait au calcul de la quotité disponible, au cas de défaillance des héritiers réservataires, à la dévolution de la portion indisponible (1) et au concours d'une donation faite par contrat de mariage et d'un legs faits tous deux au profit du conjoint par un disposant mineur (2).

Pour MM. Planiol et Ripert ces difficultés naissent de ce qu'« en voulant conférer une demi-capacité au mineur « âgé de 16 ans, le Code a fait dépendre cette capacité, élément fixe, d'un autre élément variable, le nombre et la « qualité des héritiers laissés par le mineur à son décès. Ce « mélange de deux moyens destinés à protéger la famille : « incapacité et indisponibilité, est à l'origine des difficultés soulevées par l'application de l'article 904 » (3). Ces auteurs estiment qu'en bonne législation il n'existe pas de

(1) Sur ces différents points, v. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 201 et 202, p. 213 et 214.

(2) V. DUBUS, *Des dispositions à titre gratuit faites par les mineurs*, thèse, Dijon, 1909.

(3) Montpellier, 3 avril 1895, D., 97,2.1, note MICHEL.

« demi-mesure : ou bien « il convient d'interdire tout legs « comme toute donation pendant la minorité » ou bien « si l'on veut admettre une faveur pour les legs permettre « au mineur à partir d'un certain âge de léguer exacte-
« ment comme le majeur » (1).

Personnellement nous inclinierions volontiers vers cette dernière solution, non seulement parcequ'elle est conforme à la tradition historique et admise par la plupart des législations étrangères (2), mais encore parcequ'elle est pratiquement très réalisable. Nous n'en voulons pour preuve que la promulgation de la loi du 28 octobre 1916 réglementant la capacité de tester du mineur appelé sous les drapeaux.

Cette loi fut inspirée essentiellement par le désir d'accorder au mineur sans famille « la possibilité de transmettre « son patrimoine entier à ceux qui ont su gagner son « affection » (3). Dans ce but elle lui reconnaît une capacité en principe égale à celle du majeur ; mais afin de protéger les intérêts familiaux et d'éviter les abus elle oblige le testateur marié ou laissant des parents (jusqu'au 6^e degré inclus) à choisir son ou ses légataires parmi ces personnes et en outre à respecter les réserves héréditaires pouvant exister. Si le mineur dispose de tous ses biens à la fois en faveur de personnes visées et de personnes non visées par la loi de 1916, il conviendra de rechercher l'intention du testateur et suivant les cas de réduire tous les legs conformément à l'article 904 ou seulement d'annuler ceux qui ont été consentis contrairement aux dispositions légales.

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 203, p. 216.

(2) Voir spécialement art. 763 C. civ. italien ; art. 2.229 C. civ. allemand ; art. 467 C. civ. suisse.

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 204, p. 216.

Si le mineur ne laisse des parents qu'au delà du 6^e degré il pourra disposer de l'intégralité de son patrimoine en faveur de qui bon lui semblera.

Pour bénéficier de cette capacité élargie le mineur doit être âgé de 16 ans au moins et avoir été appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre. La loi de 1916 n'est pas applicable aux civils qui participeraient en fait aux hostilités ; il n'apparaît pas, par ailleurs qu'il y ait lieu de distinguer entre guerre étrangère, guerre civile et expéditions coloniales. Enfin MM. Planiol et Ripert estiment qu'il n'est pas nécessaire de participer effectivement aux opérations de guerre pour bénéficier de la loi, car, écrivent-ils « on tomberait vite dans des difficultés de fait « inextricables si on voulait faire des distinctions entre « combattants et non combattants » (1). Sur ce dernier point nous ne suivrons pas ces auteurs et ceci pour deux raisons : d'abord parceque la maturité d'esprit dont est gratifié « a priori » le mineur et qui est la base même de la loi de 1916, ne peut, à notre sens, s'acquérir qu'au contact permanent du danger et en second lieu parceque les difficultés de fait que soulèverait la discrimination entre combattants et non combattants et qu'invoquent MM. Planiol et Ripert ne sont pas insurmontables, comme l'a bien prouvé l'élaboration de la loi du 16 avril 1930 (articles 197 à 199) instituant la Retraite du Combattant.

Pour compléter ce tableau de la situation faite aux mineurs en matière de dispositions à cause de mort il convient de faire état de deux textes spéciaux : l'article 1030 du Code civil et la loi du 15 novembre 1887.

L'article 1030 fait interdiction au mineur d'être exécu-

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 204, p. 217.

leur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou de son curateur ; c'est là une disposition impérative qui toutefois n'empêche pas de nommer un mineur exécuteur testamentaire ; il suffira pour que cette nomination puisse produire effet au décès du testateur qu'à cette époque le mineur ait atteint l'âge de la majorité.

La loi du 15 novembre 1887 vise les dispositions concernant les funérailles : ces dispositions peuvent être insérées dans un testament ou dans un acte en la forme testamentaire. Elles n'ont d'efficacité qu'autant que le disposant possède la capacité générale de tester et sur ce point le législateur a même précisé qu'il fallait être « majeur ou « mineur émancipé en état de tester » : formule qui donne lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation ; elle peut signifier en effet que pour que le mineur puisse régler ses funérailles il faut non seulement qu'il soit émancipé mais encore âgé de plus de 16 ans : système qui aboutit à des résultats étranges comme de permettre à une jeune femme de moins de 16 ans de régler les funérailles de son enfant et non les siennes. En réalité il semble bien que les mots « en état de tester » s'appliquent à la fois au majeur et au mineur émancipé et qu'ils signifient que pour agir valablement le disposant doit être sain d'esprit ; en ce qui concerne le mineur la seule condition d'émancipation doit suffire : système qui lui-même ne va pas sans conséquences curieuses comme le font remarquer MM. Planiol et Ripert (1) puisque de 15 à 16 ans le mineur s'il est émancipé pourra valablement faire un acte en forme de testament, sans pouvoir faire de testament véritable.

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 623, p. 657-658.

SECTION II. — Le contrat de mariage des mineurs

Dans notre ancien droit l'essentiel des règles dominant cette matière s'exprimait dans l'adage « *Habilis ad nuptias ad pacta nuptialia* » ; cette maxime résumait trois propositions :

elle consacrait la règle de l'intervention personnelle des futurs époux à l'acte ;

elle subordonnait la validité de cette intervention à l'habilitation préalable des mineurs par ceux de leurs parents devant consentir au mariage lui-même ;

enfin, cette habilitation obtenue, elle leur conférait dans la conclusion des conventions matrimoniales permises une capacité égale à celle des majeurs.

Le Code civil (art. 1398) a adopté des dispositions analogues.

Nous envisagerons successivement :

1° la règle de l'intervention personnelle des futurs époux au contrat de mariage et les conditions de validité de cette intervention ;

2° la portée du surcroît de capacité accordé au mineur en la matière ;

3° la sanction de l'inobservation des règles d'habilitation.

1° *La règle de l'intervention personnelle des futurs époux au contrat de mariage :*

Cette règle s'impose aussi bien aux majeurs, qu'aux mineurs, mais elle ne présente véritablement d'originalité qu'en ce qui concerne ces derniers, puisqu'en principe ils ne peuvent contracter seuls. Elle se justifie par le caractère personnel et définitif de l'acte à accomplir et aussi par l'intérêt qu'il y a à faciliter l'organisation économique de la future famille.

Donc, en ce domaine et par exception à l'article 450, la représentation des époux mineurs par leurs parents est totalement inefficace ; mieux, le contrat, qui serait ainsi reçu hors du consentement des « parties principales », serait frappé d'une nullité absolue que ne saurait couvrir aucun acte de ratification antérieur ou postérieur à la célébration du mariage (1). Toutefois, il n'est pas indispensable que les futurs soient physiquement présents, ils peuvent se faire représenter, mais la procuration devra être spéciale et rédigée en la forme authentique.

Notons au passage que si le Code a pris soin de rappeler que la validité du contrat de mariage était soumise à la participation effective des époux à l'acte ce n'est que pour éviter les difficultés qui auraient pu naître de la survivance de la pratique des contrats de fiançailles, conventions auxquelles notre ancien droit reconnaissait pleine efficacité bien qu'ils fussent conclus par les parents seuls.

Tenu d'agir en personne, le mineur n'en demeure pas moins incapable et comme tel il devra, aux termes mêmes de l'article 1398, obtenir, au préalable, l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage. Cette seconde règle comporte une nouvelle dérogation au droit commun des incapacités, en ce sens qu'elle attribue le pouvoir habilitant, au moins aux cas où la tutelle a dû être organisée, à des personnes qui ne sont pas les protecteurs habituels des intérêts patrimoniaux du mineur. Cette particularité s'explique tant par le fait que ce sont ces personnes qui constituent la dot, que par le

(1) V. Cass. civ., 29 mai 1854, D. 54.1.207, S. 54.1.437, décision qui admet contrairement à cette opinion que la ratification du contrat, faite par le mineur, couvre la nullité si elle intervient antérieurement au mariage.

désir d'éviter des désaccords qui pourraient se faire jour, si l'on confiait à deux autorités différentes la mission d'assister le mineur dans l'accomplissement d'actes aussi étroitement solidaires.

Nous ne chercherons, pas plus ici qu'au chapitre du mariage, à présenter la nomenclature des personnes appelées à approuver les conventions que le mineur entend insérer dans son contrat de mariage, car c'est là une question sans intérêt direct pour la suite de notre étude ; qu'il nous suffise donc d'observer qu'au cas où « le père ou la mère sont décédés ou en état d'absence, le mineur devra rapporter l'acte de décès ou le jugement déclaratif d'absence, il ne pourra se contenter des preuves autorisées en matière de mariage par l'article 149 » (1).

Du point de vue de la forme, le consentement doit, en principe, être donné oralement ; cependant on admet qu'il soit donné par écrit (2) : dans cette hypothèse il doit être spécial, c'est-à-dire qu'il doit viser expressément chaque convention approuvée, et rédigé en la forme authentique ; on admet également que l'ascendant se fasse représenter par un fondé de pouvoirs muni d'une procuration également spéciale et authentique ; enfin aux cas où l'assistance requise émane du Conseil de famille ou du tribunal civil, elle est accordée sous forme d'approbation donnée à un projet de contrat, fourni à l'avance par le notaire.

2° *Portée du surcroît de capacité accordée au mineur par l'article 1398 :*

Ainsi assisté « le mineur habile à contracter mariage est « habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VIII, p. 56, note 3.

(2) Cass. civ., 30 novembre 1908, D. 1909.1.418.

« est susceptible » ; il acquiert donc, à cette double condition une capacité égale à celle d'un majeur.

Bien que notre ancien droit ait consacré des règles d'un caractère plus restrictif (1), on peut considérer que cette conception reste bien dans la tradition historique.

Et si, en ce domaine, les rédacteurs du Code civil ont cru devoir déroger formellement à la règle d'incapacité formulée par l'article 1124, c'est qu'il eût été profondément injuste d'enlever aux mineurs, au nom du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la possibilité de placer leurs biens sous un régime autre que la communauté légale.

De la règle ainsi consacrée par l'article 1398 C. civil, il résulte spécialement que le mineur peut, en dépit de la prohibition formulée par l'article 903, faire des donations à son conjoint sans qu'il y ait lieu de distinguer entre donations de biens présents et donations de biens à venir. Tandis que les donations entre époux faites au cours du mariage sont essentiellement révocables, ces donations faites au contrat de mariage sont irrévocables : telle est du moins la formule généralement employée ; cette formule n'est pas entièrement exacte : en effet si l'on peut bien dire que les donations entre futurs conjoints sont irrévocables en ce sens que le disposant ne peut les anéantir « *ad nutum* », comme il peut le faire d'un testament ou d'une donation entre époux, « cette irrévocabilité se limite à celle « de tous les contrats et ne s'étend pas à l'irrévocabilité « spéciale des donations donner et retenir ne vaut » (2).

(1) Notre ancien droit restreignait la capacité du mineur en matière de contrat de mariage aux conventions d'usage (v. POTHIER, *Communauté*, n° 306) ; en outre, il ne l'autorisait à ameubler que le tiers de ses immeubles.

(2) PLANIOL et RIFERT, *op. cit.*, t. V, p. 801 ; Rouen, 15 décembre 1891. D. 92.2.437, S. 93.2.217.

Il en résulte que l'on pourra insérer dans les donations faites par contrat de mariage des conditions simplement potestatives (1).

La jurisprudence, de son côté, par voie d'interprétation extensive, a tiré de l'article 1398 des conséquences fort intéressantes encore qu'un peu téméraires ; certains arrêts, en effet, n'ont pas craint de décider « que la femme qui se « marie sous le régime dotal peut, bien que mineure, déclara- « rer aliénables ses immeubles dotaux » (2) « et qu'elle « peut aussi conférer à son mari le mandat irrévocable de « les vendre sans être obligée de remplir les formalités « judiciaires prescrites pour la vente des Biens de « mineurs » (3). Il en irait tout autrement s'il était stipulé que ce mandat d'aliéner est révocable ou que le mari ne peut vendre les immeubles dotaux que du consentement de la femme : dans cette hypothèse ne s'agissant plus d'un consentement donné par contrat de mariage, mais d'une opération simplement envisagée, la convention qui stipulerait que la vente des biens de la femme mineure sera dispensée des formalités prescrites par l'article 484 C. civil, relèverait la femme de son incapacité et comme telle serait nulle (4). Cette solution, très juridique, prouve bien que s'il est dérogé en cette matière au droit commun de l'incapacité patrimoniale des mineurs c'est exclusivement parce qu'un mariage va être célébré et qu'il convient de faciliter le plus possible l'organisation de l'économie de la famille

(1) V. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, p. 802, note 3.

(2) V. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VII, n° 47.

(3) Cass., Req., 12 janvier 1847, D. 47.1.225, S. 47.1.241 ; *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, p. 626 et suiv.

(4) Grenoble, 16 décembre 1848, D. 49.2.189 ; *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, p. 626 et s., chronique GAUDEMET.

nouvelle ; mais dès qu'une disposition quelconque, insérée au contrat de mariage, ne rentre plus exactement dans le cadre des conventions matrimoniales les règles générales reprennent leur empire (1) ; c'est ainsi que le futur époux mineur pourra bien, seul, procéder par contrat de mariage à la reconnaissance d'un enfant naturel, mais il ne pourra en aucun cas aliéner valablement un de ses immeubles, sans l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation du tribunal civil, ni faire aucune donation, si ce n'est à son futur conjoint.

En dehors de ces hypothèses dans lesquelles tout accroissement de capacité est refusé au mineur parce que les opérations qu'il entend réaliser n'ont plus de rapports directs avec l'union qu'il va contracter, la seule restriction apportée aux pouvoirs que l'article 1398 confère au mineur concerne l'hypothèque légale de la femme mariée ; l'article 2140 du Code civil dispose, en effet, que les époux mineurs ne peuvent au contrat de mariage cantonner cette hypothèque : cette disposition, très protectrice des intérêts de la femme, s'explique, par contre, assez mal eu égard au mari, pour qui elle ne peut être qu'avantageuse ; classiquement les auteurs en rendent compte de la manière suivante : il est à craindre, sans doute pour des raisons sentimentales, que le mari, lors de la passation du contrat de mariage ne cantonne que trop faiblement l'hypothèque de sa femme, s'enlevant ainsi la possibilité d'en limiter plus largement la portée au cours du mariage.

3° Sanction de l'inobservation des règles d'habilitation :

Bien que cette question n'intéresse pas directement la suite de notre étude nous lui consacrons quelques dévelop-

(1) V. décisions de jurisprudence dans PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VIII, p. 53, note 1.

pements parcequ'elle marque le prolongement en Jurisprudence du caractère exceptionnel de la règle posée par l'article 1398 et qu'elle a donné lieu à des controverses célèbres

La nullité du contrat de mariage de mineurs irrégulièrement ou non habilités découlant d'une incapacité, devrait logiquement se présenter sous forme de nullité relative, c'est-à-dire sous forme d'une nullité susceptible d'être invoquée seulement par l'incapable et ses représentants, confirmable et soumise à la prescription décennale de l'article 1304 du Code civil

Telle n'est cependant pas la manière de voir de la Jurisprudence, qui décide couramment que la nullité envisagée est une nullité absolue, dont tout intéressé peut se prévaloir, inconfirmable et imprescriptible (1).

La question étant ainsi posée, il apparaît que les tribunaux ont cherché à justifier en droit de diverses manières la solution, que sous les nécessités de la pratique, ils ont été amenés à préconiser.

Certaines décisions anciennes (2) ont fait appel au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, sans que l'on sache d'ailleurs trop pourquoi ; il semble en effet bien « difficile de comprendre comment on pourrait violer l'article 1395 C. civil en réservant à l'incapable le droit d'invoquer la nullité » (3) et le respecter en ouvrant la même faculté à tout intéressé.

(1) Cass. civ., 6 mars 1855, S. 1855.1.348 ; Cass. civ., 19 juin 1872, S. 1872.1.281 ; Cass. Req., 11 juin 1879, S. 1880.1.166. Le principe est si bien établi en pratique que certaines décisions se contentent de l'énoncer sans le démontrer. V. Agen, 28 mai 1894, D. 97.2.80.

(2) Cass. Req., 11 juin 1879, précitée.

(3) AUBRY et RAU, *Traité de Droit civil*, 4^e éd., t. V, § 502, p. 245.

D'autres arrêts considérant que le contrat de mariage est un acte solennel ont estimé que l'habilitation régulière du mineur constituait une formalité substantielle dont la méconnaissance entraînait la nullité absolue ou mieux l'inexistence même de l'acte : raisonnement faux pour deux raisons : en premier lieu parceque les règles d'habilitation, même lorsqu'il s'agit d'actes solennels, ne sont pas prescrites « *ad solemnitatem* » et ne constituent pas une forme substantielle et en second lieu « parceque le caractère solennel d'un acte ne peut pas changer en règle de forme une règle de capacité et que la sanction de la règle de capacité, protectrice de l'intérêt privé, doit être en principe, conformément à son but, une nullité relative » (1).

Les véritables raisons qui justifient la solution consacrée par les Tribunaux, raisons que ces derniers ont sans doute aperçues mais qu'ils n'ont su exprimer dans un raisonnement exact, ont été énoncées pour la première fois par M. Japiot dans sa thèse sur les nullités en matière d'actes juridiques (2). La doctrine de cet auteur a été excellemment résumée par M. Gaudemet (3) que nous ne pouvons faire mieux ici que de citer :

« La nullité, dans notre hypothèse, est, selon l'expression « de ce dernier (M. Japiot) une « nullité relative généralisée » ; sans doute dans son principe elle est inspirée par « une idée de protection à l'égard de l'incapable ; et ainsi « elle apparaît comme relative et individualiste ; mais l'acte « auquel elle s'applique étant la charte de l'association conjugale, est si grave, touche aux intérêts, à la validité de

(1) Note JAPIOT sous Trib. de Quimper, 23 novembre 1910, S. 1912. 2,257.

(2) JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, p. 564 et s., p. 573 et s.

(3) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, p. 109 et s.

« tant d'autres actes postérieurs qu'il est pratiquement
 « impossible de réserver le droit de critique à l'incapable
 « seul. On ne peut lui permettre, en effet, de tenir indéli-
 « niment en suspens toutes les situations juridiques éta-
 « blies sur la foi du contrat et qu'il dépendrait de lui
 « seul d'anéantir ou de maintenir, selon qu'il opérerait pour
 « l'exercice ou l'abandon de l'action. Si donc par son but
 « la nullité est relative, la considération du milieu où elle
 « doit agir conduit dans l'intérêt des tiers, à étendre à tous
 « les intéressés la faculté de l'invoquer pour faire préciser
 « un état de droit, qui ne saurait sans préjudice grave
 « pour le crédit demeurer longtemps incertain. Telle est
 « la justification vraie d'un principe découvert par l'intui-
 « tion de la pratique plutôt que par le raisonnement juri-
 « dique, mais qu'une théorie moderne des nullités peut
 « aujourd'hui faire sien sans encourir aucun reproche de
 « contradiction ».

*
*
*

Ce régime actuel du contrat de mariage des mineurs est, au total, assez satisfaisant car il réalise un heureux équilibre entre la liberté d'action qu'il convient d'accorder à des jeunes gens à la veille d'être émancipés et la nécessité, qui tout de même demeure de les guider et de les protéger au cours de la conclusion d'un acte aussi lourd de conséquences.

La substitution au système de la représentation pure et simple du système de l'habilitation qui réserve au mineur d'importants pouvoirs de décision nous apparaît comme une mesure particulièrement bien adaptée à la situation de fait dont il serait utile d'étendre la portée à d'autres matières.

APPENDICE

LES ACTES CONSERVATOIRES

Le mineur même non émancipé peut valablement faire tous les actes présentant un caractère conservatoire. Cette règle n'est écrite nulle part, mais elle se déduit du fondement même des incapacités. Les incapacités en général, en effet, et spécialement l'incapacité du mineur tendent essentiellement, en droit moderne à assurer la protection des individus ; elles ne sauraient en conséquence, sans aller à l'encontre du but même qui leur est assigné, s'appliquer aux actes urgents et sans conséquence grave. « Il y a là une sorte d'application du principe de nécessité en matière civile » (1).

L'acte conservatoire a pour but d'empêcher un droit de périr et d'en assurer pour plus tard l'exercice utile. La cour de Paris dans un arrêt du 27 janvier 1851 en a donné la définition suivante : « par acte conservatoire, la loi comprend l'acte qui a principalement pour objet, soit de « maintenir l'existence d'un droit menacé de périr par le « fait d'une déchéance ou d'une prescription, soit de prévenir la perte ou l'altération même du gage pouvant assurer l'utile exécution du droit » (2). D'après MM. Planiol et Ripert pour qu'il y ait acte conservatoire il faut d'une

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 273, p. 323.

(2) D. P. 51.2.58.

part que l'acte envisagé s'avère nécessaire pour soustraire le patrimoine ou un de ses éléments à un péril imminent et d'autre part que cet acte n'entraîne qu'une faible dépense par rapport à la gravité de ce péril » (1).

On considère généralement que répondent à cette notion (2) :

- 1 — la transcription d'une acquisition immobilière ;
- 2 — la réquisition et le renouvellement d'inscriptions hypothécaires (article 2139 Code civil) : ce droit conféré au mineur n'est pas limité à l'inscription de son hypothèque légale, il peut prendre inscription toutes les fois que cela lui est utile et non seulement en son nom personnel, mais encore au nom de ses créanciers par application de l'article 1166 C. civ. ;
- 3 — la mise en demeure d'un débiteur ;
- 4 — les appositions et levées de scellés (article 909 Code de procédure civile) ;
- 5 — les inventaires (article 741 Code de procédure civile) ;
- 6 — la demande en séparation des patrimoines ;
- 7 — l'intervention dans les partages (article 882 Code civil) : le créancier mineur comme le créancier majeur peut exercer son droit de contrôle sur le partage de la succession et exiger qu'il y soit procédé en sa présence.
- 8 — les interventions dans les séparations de biens (articles 1146 et 1147 C. civ.) ;
- 9 — le protêt : le mineur non émancipé peut valablement faire constater le refus d'acceptation d'une lettre de

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 273, *in fine*.

(2) Nous ne prétendons pas donner ici une énumération complète des actes conservatoires mais simplement quelques exemples typiques.

change au moyen d'un protêt (articles 119 et suivants, 162, 173 et suivants, 181 et 187 C. commerce) ;

10 — le paiement de dettes exigibles avec des deniers disponibles ;

11 — la consignation de sommes dues après offres réelles non acceptées (article 1257 C. civ.) ;

12 — l'interruption d'une prescription ;

13 — l'opposition signifiée à la chambre de discipline, au Parquet ou au Garde des Sceaux en matière de vente d'offices ministériels : opposition qui permet aux créanciers du vendeur de se faire payer sur le prix de cession ;

14 — la consolidation d'un bâtiment menaçant ruine ;

15 — et d'une façon générale tous les actes tendant à assurer la conservation de la preuve d'un droit qui risque de disparaître : constats d'huissiers, procédures en référés destinées à assurer une constatation judiciaire (1).

En dehors de ces exemples qui constituent indiscutablement des actes conservatoires des difficultés se sont élevées spécialement à propos de la saisie-arrêt et du droit d'ester en justice.

En ce qui concerne la saisie-arrêt les difficultés proviennent de ce que cette « voie d'exécution » (le terme est presque antinomique de « conservatoire ») présente un caractère hybride : acte conservatoire dans toute la mesure où le créancier qui en use provoque l'indisponibilité des choses saisies, elle prend nettement le caractère d'un acte d'exécution lorsque, la procédure suivant son cours, elle aboutit à faire vendre les biens meubles du débiteur pour assurer le paiement du saisissant. De ce caractère mixte il résulte à notre sens qu'il doit être permis au mineur de

(1) Cass, Req., 22 janvier 1901, D., 1901.1.94, S. 1901.1.331.

pratiquer une saisie-arrêt dans toute la mesure où elle tend à assurer la conservation d'éléments de son patrimoine, d'une créance par exemple, mais il semble bien qu'on ne puisse lui permettre d'assigner en validité.

Plus complexes encore sont les discussions auxquelles donne lieu la matière des actions en justice. La question qui se pose en cette matière est celle de savoir s'il ne serait pas opportun de permettre au mineur, en dépit de son incapacité de principe, d'utiliser certaines voies de procédure au bénéfice de leur caractère d'acte conservatoire ? En fait la jurisprudence a répondu à cette question dans un sens favorable aux incapables (1). Elle a reconnu un caractère conservatoire à certaines procédures de référé et permis ainsi à l'incapable de les suivre, motif pris de ce que l'on ne saurait tourner contre lui « une disposition qui a pour unique but de le protéger en lui interdisant des actes que ne comprend, ni ne sous-entend le mot « plaider » et qui sans pouvoir lui nuire sont destinés à sauvegarder ses intérêts » (2).

La solution ainsi admise n'a pas été cependant sans soulever de vives critiques : on a soutenu en particulier qu'il était impossible d'admettre que la personne qui saisissait le juge des référés ne « plaiderait » pas, c'est-à-dire n'agissait pas en justice, car cette procédure pour aussi spéciale qu'elle soit, n'en est pas moins une procédure judiciaire, « qui met en cause un tiers, provoque un débat « contradictoire, engage une instance et expose le demandeur à toutes les conséquences d'une poursuite téméraire,

(1) Cass. Req., 22 janvier 1901, D. 1901.1.94, S. 1901.1.331.

(2) Rapport de M. le conseiller PETIT : Cass., Req., 22 janvier 1901, D. 1901.1.94, p. 96, 1^{re} colonne, *in fine*.

« notamment à la condamnation aux dépens et aux voies
« de recours » (1).

De ces arguments M. le Conseiller rapporteur Petit fit
bonne justice en déclarant en particulier : « Quand la loi
lui défend de plaider » (il s'agissait en l'espèce d'un pro-
digue), « elle vise par cette défense les instances judiciaires
« où dans un débat contradictoire et avec les formes de la
« procédure ordinaire, les deux parties en cause ayant cha-
« cune un avocat, discutent ou font discuter dans leurs
« plaidoiries leurs moyens respectifs. Une citation devant
« le juge des référés ne ressemble ni par sa nature, ni par
« son objet à un exploit d'ajournement devant un tribu-
« nal. Elle tend non à une décision au fond sur un litige,
« mais à une ordonnance qui laissant intact le principal,
« prescrit ou refuse de prescrire une mesure purement pro-
« visoire. Les actes prohibés sont les actes qui doivent pro-
« voquer de véritables jugements sur des questions conten-
« tieuses ; les actes conservatoires et d'administration restent
« au contraire permis parcequ'ils n'offrent aucunement le
« même caractère » (2).

Relativement à l'exercice par le mineur non habilité des
actions en justice « *stricto sensu* » c'est-à-dire des actions
qui s'intentent par la voie procédurale normale, la Juris-
prudence a su, sans aucunement violer les textes positifs,
protéger très habilement les intérêts des incapables. Elle
décide que si on ne peut, en règle générale, autoriser ces
personnes à ester seules en justice et à suivre une procé-
dure, on doit leur permettre d'assigner valablement. Les
tribunaux ont cru pouvoir consacrer cette solution trans-

(1) D. 1901.1.95, note (6-7-8), § 2.

(2) D. 1901.1.94, p. 96, 1^{re} colonne, *in fine*.

actionnelle parceque l'assignation n'engage que des frais insignifiants et qu'elle remplit fort bien dans de nombreuses hypothèses, en particulier lorsqu'il s'agit d'interrompre une prescription, le rôle d'un acte conservatoire. Par ailleurs, ne liant pas le procès, l'assignation ne risque pas de causer préjudice aux autres parties en cause, chacune d'elles ayant, en effet, la faculté d'interrompre la procédure en se refusant à conclure au fond tant que l'incapable ne l'aura pas régularisée.

Cette jurisprudence, à l'origine, visait essentiellement le prodigue (1), mais pour identité de motifs elle fut généralisée et s'applique très certainement aux mineurs (2).

« Elle s'applique également aux actes introduisant les « voies de recours ordinaires lorsque les délais sont sur le « point d'expirer » (3).

(1) Cass. civ., 4 nov. 1901, D. 1902.1.185.

(2) Trib. La Roche-sur-Yon, *G. P.*, 1923.2.202 ; Alger, D. 1902.1.476.

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, p 323 et s. ; Poitiers, 7 août 1867, D. 69.1.268, S. 68.1.429 ; Cass. civ., 31 octobre 1934, D. 1935.1.52. Sur la possibilité de considérer un acte d'appel comme un acte conservatoire

CHAPITRE III

LE MINEUR DANS LE CHOIX ET L'EXERCICE D'UNE PROFESSION

La législation sociale comporte de nombreuses dispositions relatives aux mineurs dont la plupart visent à préserver la santé physique et morale des enfants (1). Ces dernières n'intéressant pas directement la suite de notre étude, nous n'envisagerons la situation du mineur, sous cette rubrique, que des points de vue du contrat d'apprentissage, du contrat de travail, du droit d'ester en justice relativement à la profession et du salaire, car ce sont les seules matières qui mettent en jeu des questions de capacité.

SECTION I. — Le contrat d'apprentissage et le contrat de travail des mineurs

Nous envisagerons successivement dans cette section les textes qui régissent positivement la matière, les critiques que l'on doit adresser au système qu'ils instaurent et enfin

(1) Les principales de ces dispositions ont trait à l'interdiction de certaines professions (art. 72, 73 et 74 du livre II, titre II du Code du Travail), au respect des bonnes mœurs (art. 71 loi du 31 décembre 1912), à l'interdiction de l'organisation du travail par « relais » pour les enfants, ouvriers ou apprentis, âgés de moins de 18 ans (art. 16, al. 1^{er}, livre II Code du Travail), à la prohibition du travail de nuit (art. 21, al. 1^{er} et 2, livre II du Code du Travail, lois du 30 juin 1928 et du 24 janvier 1925), à l'interdiction de faire exécuter aux enfants de moins de seize

les modifications que l'on doit y apporter. Puis élevant le problème, nous étudierons brièvement la question de savoir si la conclusion d'un contrat de travail peut entraîner une modification de la condition juridique générale des mineurs.

1. L'organisation de l'apprentissage en droit français résulte des lois du 22 Germinal, An XI, du 22 février - 4 mars 1851 et de diverses lois postérieures dont les plus récentes sont celles du 25 juillet 1919 et du 20 mars 1928 ; toutes ces lois sont aujourd'hui groupées dans le Code du Travail.

Aux termes de l'article 1, livre I de ce Code le contrat d'apprentissage est celui par lequel un fabricant, artisan ou façonneur s'oblige à donner ou à faire donner une formation professionnelle méthodique à une autre personne qui s'oblige en retour à travailler pour lui, le tout à des conditions et pendant un temps convenu.

Cette convention est un contrat « *sui generis* » qui, depuis la loi du 20 mars 1928, article 2, doit être constaté par écrit ; d'une façon plus précise il doit être rédigé au plus tard dans la quinzaine de son exécution ; l'inobservation de cette formalité, qui, d'ailleurs, n'est exigée qu'« *ad probationem* », est sanctionnée par des peines de simple police.

La validité de ce contrat est, en outre, soumise à certaines conditions de capacité, dont le principe, en ce qui concerne l'apprenti (1) est énoncé dans l'art. 9 de la loi du

ans des tours de force périlleux ou des exercices de dislocation (art. 60, livre II du Code du Travail), etc.

(1) En ce qui concerne la capacité requise dans la personne du patron, l'art. 4, liv. I, C. Trav., en décidant que « nul ne peut recevoir des apprentis mineurs, s'il n'est âgé de 21 ans au moins », a enlevé au mineur, commerçant ou artisan, la faculté de prendre de jeunes apprentis.

22 Germinal An XI (1). Aux termes de ce texte le mineur non émancipé ne peut figurer en personne au contrat, il doit être représenté par son père ou son tuteur.

Les règles relatives au contrat de travail procèdent de la même conception ; à la différence du droit romain qui s'attacha à conserver aux adolescents la possibilité de s'initier à la vie juridique, notre droit moderne les tient à l'écart de toute activité de cet ordre ; et à s'en tenir aux textes, le contrat de travail du mineur, au même titre que les autres actes juridiques n'a d'existence valable qu'autant qu'il est passé par son père ou son tuteur (2).

2. Bien que très conformes aux principes généraux du droit des incapacités, ces solutions sont inacceptables, car elles se heurtent immédiatement à une puissante objection fondée sur la notion de sauvegarde de la liberté individuelle. Cette objection consiste à dire qu'il est inconcevable, à notre époque, que la promesse d'un fait personnel et positif soit l'œuvre d'un individu autre que celui qui effectuera la prestation : idée reprise en des termes excellents par MM. Planiol et Ripert lorsqu'ils écrivent (3) : « un père ne peut engager son enfant contre la volonté de celui-ci. Ce serait faire peser sur lui une servitude que les tribunaux n'autorisent point. Si la loi limite le droit de correction, ce n'est pas pour qu'il soit permis d'imposer autrement à l'enfant un travail forcé ».

En dehors de cette considération essentielle, mais se rat-

(1) Art. 9 loi du 22 Germinal An XI : « les contrats d'apprentissage consentis entre majeurs ou par des mineurs avec le concours de ceux sous l'autorité desquels ils sont placés, ne pourront être résolus... ».

(2) Cass. civ., 10 février 1926, D. 1927.1.20 ; G. P., 1926.1.571 ; Trib. civ. Seine, 3 nov. 1924, G. P., 27 mars 1925.

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 338.

tachant toujours à la même idée, il est un autre argument, d'ordre plus juridique que l'on peut invoquer à l'encontre des solutions positivement consacrées par le Code du Travail. Il consiste à remarquer que si le concept de représentation peut se définir comme étant « la substitution « complète et intentionnelle de la personnalité juridique « du représentant à celle du représenté dans le but de conclure avec un tiers un acte dont les effets se produiront « directement et immédiatement dans le patrimoine du « représenté » (1), il est impossible d'en faire application à la situation envisagée : le travail personnel ne pouvant être promis par un autre que celui qui s'oblige à l'exécuter. La tendance générale du droit étant, par ailleurs, d'accorder au mineur une possibilité d'intervention personnelle chaque fois que l'acte accompli est un acte extra-patrimonial, nous sommes fondés à conclure que jamais le contrat de travail et le contrat d'apprentissage ne devraient être conclus par voie de représentation.

Est-ce à dire que le mineur doit être considéré comme maître absolu de son activité professionnelle ?

Il ne le semble pas car le contrat de travail comporte, outre un engagement personnel, une convention pécuniaire qui, elle, doit être soumise à l'approbation du représentant légal.

En définitive il apparaît donc que la validité de cet acte est subordonnée au concours des consentements du mineur et des personnes qualifiées pour l'assister. — Comment ce concours des consentements va-t-il se réaliser ? On ne peut évidemment songer à laisser au mineur le soin de choisir

(1) CAPITANT, *Introduction au droit civil*, 2^e éd., p. 334. Cf. DEMOLOMBE, *Traité de droit civil*, t. VII, n° 800.

sans contrôle sa profession, ni à accorder pleins pouvoirs au père ou au tuteur pour conclure la convention pécuniaire annexe. Ce qu'exige la notion de sauvegarde de la liberté individuelle, c'est que l'adolescent ne puisse se voir imposer un travail auquel il répugne. Pratiquement on ne peut aboutir à ce résultat qu'en transgressant les règles du droit positif et en décidant que le mineur même non émancipé passera lui-même son contrat de travail avec l'assistance de son père ou de son tuteur. Pour les enfants confiés à l'Assistance Publique, l'autorisation sera donnée par le fonctionnaire légalement investi de la tutelle.

Ce système qui a été formellement consacré par la jurisprudence (1) trouve un appui très ferme dans certaines dispositions législatives spéciales (2). En particulier, l'article 79 de la loi du 15 mars 1850 et l'article 14 du décret du 2 juillet 1866, pris en application de cette loi, disposent que l'engagement décennal dans l'instruction publique, que doivent contracter les élèves des écoles normales pour obtenir la gratuité de l'enseignement, sera souscrit per-

(1) Paris, 8 juillet 1882, D. 1883.2.93 ; Cass., 26 janvier 1891, D. 1891.1.123.

(2) V. également loi du 17 avril 1907 sur l'Engagement Maritime, art. 10 et 51 : Aux termes du décret du 3 Brumaire an IV le père pouvait engager son fils comme mousse dans la marine marchande ; la loi de 1907 au contraire dispose que le contrat d'engagement maritime doit être conclu par le mineur lui-même, assisté de son père ou tuteur et à défaut du juge de paix.

Loi du 5 octobre 1940 sur le régime normal des engagements et rengagements des Français, art. 2 : « Tous Français peuvent être autorisés à contracter un engagement aux conditions suivantes : 1° Avoir dix-huit ans résolus... ; 6° pour les jeunes gens de moins de 20 ans, être, en principe, pourvus du consentement de leur père, mère ou tuteur. En cas de divorce ou de séparation de corps, le consentement de celui des époux auquel la garde a été confiée est nécessaire et suffisant ».

sonnellement ; si le candidat est mineur il devra produire une déclaration par laquelle son père ou son tuteur l'y autorise ; et l'article 17 du décret précise que les boursiers qui par leur fait sortiraient de l'école avant la fin du cours, ou qui refuseraient d'accomplir leur engagement décennal, seront tenus de restituer à l'état ou au département le prix de la pension dont ils ont joui : disposition qui démontre que l'intervention du père ou du tuteur ne constitue qu'une formalité habilitante et non un acte de représentation, susceptible d'engager leur propre responsabilité pécuniaire.

Cette conception n'alla pas, cependant, sans susciter de vives critiques : on lui reprocha essentiellement de faire trop bon marché de la règle formelle posée par les articles 450 et 1124 du Code civil et d'avoir arbitrairement substitué au système de la représentation celui de l'habilitation dont le législateur n'envisage à aucun moment l'application au mineur non émancipé, si ce n'est dans certaines hypothèses exceptionnelles (contrat de mariage) insusceptibles de généralisation.

Pour aussi fondée en droit que soit cette objection, elle ne saurait affaiblir notre conviction, car si la loi n'a pas expressément dérogé au droit commun en matière de louage de services c'est qu'à l'époque de la rédaction du Code la question ne présentait pas l'intérêt qu'allait lui donner le gigantesque essort industriel du XIX^e siècle.

Et s'il est exact que l'évolution du droit s'oriente vers l'accélération du rythme de la vie juridique, on concevra volontiers que le procédé qui consiste à conclure le contrat de travail directement avec l'intéressé ait été préféré à celui qui implique l'intervention d'une tierce personne, d'autant plus qu'il ne sacrifie nullement la sécurité des

transactions : le représentant légal étant consulté et conservant en fait toute son autorité morale sur le mineur.

3. La question étant ainsi résolue dans son principe, il importe de préciser les contours de la solution proposée. Pour ce faire nous envisagerons successivement la forme, la spécialité et le retrait de l'autorisation, la responsabilité des autorités habilitantes et enfin les sanctions du défaut d'habilitation.

Formes de l'autorisation : Bien que l'autorisation expresse offre l'avantage de préciser la volonté des parties, la loi n'en formule pas l'exigence et en fait elle est peu usitée. Dans la majorité des cas le père, la mère ou le tuteur se contentent de donner tacitement leur assentiment à l'engagement contracté par le mineur ; au cas de contestation s'il est démontré, qu'ils ont en connaissance du lien de droit qui s'est formé et n'ont pas protesté, la nullité dont était atteinte le contrat passé par le mineur se trouve convertie (1). C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une mère qui accompagnait chaque soir sa fille au théâtre dans lequel celle-ci jouait avait tacitement consenti à son engagement.

La spécialité de l'autorisation : En l'absence de toute disposition légale, on décide d'ordinaire que le mineur est tenu de solliciter le renouvellement de l'autorisation chaque fois qu'il passe un nouveau contrat de travail. Cette solution présente bien des inconvénients ; aussi serait-il opportun de réformer sur ce point notre législation et de décider à l'instar de la législation allemande (Code civil allemand, Livre I, Section III, titre I, article 113) que l'autorisation accordée pour la conclusion de tels contrats vaudra pour tous les contrats du même ordre, c'est-à-dire pour

(1) G. PRÉAU, *Le Contrat de travail*, n° 262, p. 283.

tous les contrats relatifs à la même profession : système qui en évitant des lenteurs et des complications serait absolument sans risque pour le mineur à raison de la généralisation des conventions collectives de travail.

Retrait de l'autorisation : Par analogie avec d'autres situations dans lesquelles ce retrait est formellement prévu (exercice d'un commerce par le mineur), il convient ici d'admettre que le père ou le tuteur peuvent provoquer la rupture du contrat de travail lorsque son exécution présente des inconvénients pour la santé ou la moralité du mineur. Mais ils doivent, à notre sens, motiver leur décision comme les opposants à mariage doivent aux termes de la loi du 8 avril 1927 motiver leur opposition ; au cas de révocation abusive ils pourront se voir actionner en dommages-intérêts, non seulement par les tiers cocontractants, c'est-à-dire par les employeurs, mais par le mineur lui-même. Nous fondons cette manière de voir, d'une part sur l'analogie qui existe entre notre hypothèse et la situation régie par la loi du 8 avril 1927 et d'autre part sur certaines décisions de justice qui admettent, en matière de consentement à mariage, que l'ascendant commet une faute grave susceptible d'engager sa responsabilité pécuniaire lorsque, après avoir accordé son consentement à la légère, il entend par la suite le retirer (1).

Responsabilité des autorités habilitantes : En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, le père ou le tuteur qui se bornent à habilitier le mineur ne contractent pas de ce fait une obligation personnelle ; c'est là la conséquence logique de la maxime « *qui auctor est se non obligat* » ; par suite le cocontractant ne pourra diriger ses poursuites que contre

(1) Lyon, 23 janvier 1907, D. 1908.2.73.

le mineur lui-même, sauf à mettre en cause les personnes dont la présence est nécessaire à la validité de la procédure (1).

Sanction du défaut d'autorisation : En général la doctrine et la jurisprudence considèrent que le défaut de consentement du père ou du tuteur au contrat de travail ne constitue pas un vice de forme et qu'il n'ouvre la possibilité d'attaquer l'acte que si ce dernier présente un caractère lésionnaire (2). Cette solution ne va pas sans de sérieux inconvénients, car il sera parfois pratiquement impossible de caractériser nettement la lésion, telle qu'elle doit l'être réellement, c'est-à-dire en fonction des équivalences économiques.

Afin d'y remédier la jurisprudence, créant une véritable présomption, a décidé que dans certaines hypothèses et notamment en matière d'engagement théâtral, le contrat pourrait être attaqué, bien qu'il ne soit pas effectivement lésionnaire, s'il contenait des clauses causant ou de nature à causer un dommage quelconque au mineur (3).

D'autres décisions, en présence de contrats de travail avantageux, en fait, pour l'enfant, mais comportant des clauses pénales excessives, ont décidé qu'au cas d'habilita-

(1) Cette solution qui est aujourd'hui communément admise avait été autrefois contestée, et une décision du Tribunal de commerce de Paris, en particulier, avait admis que l'autorisation du père devait être considérée comme comportant une promesse d'obligation personnelle : Trib. comm. Paris, 27 juillet 1849, *Le Droit*, 3 août 1849.

(2) Cass. civ., 13 février 1906, D. 1907.1.33, S. 1910.1.29 ; Paris, 8 juillet 1882, D. 1883.2.93, S. 1885.2.106.

(3) Trib. civ. Seine, 13 août 1845, *Le Droit*, 30 juillet et 4 août 1845 ; Trib. civ. Seine, 26 février 1901, *Gaz. des Trib.*, Rec., 1901.2.440.

tion irrégulière ces clauses pourraient être dissociées de l'ensemble de la convention et annulées séparément (1).

En dépit des efforts de la pratique le jeu des sanctions du défaut d'habilitation du mineur concluant un contrat de travail reste difficile ; c'est là une des raisons sérieuses qui doit inciter les interprètes à rechercher une modernisation de toute la matière : question que nous envisagerons à l'issue de ces développements.

4. Accessoirement au problème de la capacité requise pour engager ses services soit comme apprenti, soit comme ouvrier, le statut des mineurs dans la législation du travail soulève une question fort intéressante qu'il convient maintenant d'envisager.

C'est la question de savoir si la conclusion d'un contrat de travail entraîne ou non des modifications dans la condition juridique générale du mineur. D'une façon plus précise il s'agit de rechercher si l'atténuation d'incapacité résultant du concours du père ou du tuteur à l'acte d'engagement doit être strictement limitée au domaine contractuel et dans ce domaine aux seules opérations prévues.

Un point n'est pas douteux, c'est que l'engagement professionnel du mineur ne saurait en aucune façon porter atteinte aux droits de puissance paternelle et aux droits dérivant des rapports familiaux.

Mais on ne peut apporter au second aspect de la question qu'une réponse beaucoup plus hésitante, car la jurisprudence et la doctrine ont des opinions divergentes sur le point de savoir si le mineur peut tirer de l'habilitation qu'il

(1) Paris, 8 juillet 1882, D. 1883.2.93 ; Trib. civ. Seine, 14 avril 1885, sous Paris, 30 mai 1888, S. 1888.2.173 ; Trib. civ. Seine, 29 nov. 1911, *Gaz. des Trib.*, 1912. 1^{er} semestre, 1, 133. — (Décisions citées dans *Rev. trim. de Droit civ.*, 1912, p. 518).

a reçue pour passer son contrat de travail un accroissement plus général de capacité.

Pour la jurisprudence (1), le contrat original ne modifie en aucune façon le sort des opérations qui s'y rattachent et l'incapacité dont le mineur a été relevé momentanément reparaît chaque fois qu'il est amené à agir, même si c'est à l'occasion de l'exercice de sa profession ; faisant application de ces principes les tribunaux ne manquent jamais de rechercher dans les cas d'espèce qui leur sont soumis, si la convention, objet du litige, présente ou non un caractère lésionnaire pour le mineur, sans aucunement se préoccuper de savoir s'il s'agit d'actes accessoires ou connexes au contrat de travail.

A l'inverse la doctrine enseigne (2) qu'il y a lieu de prolonger les effets du contrat initial et de reconnaître au mineur la possibilité de faire seul toutes les opérations que commande l'exercice normal de son état.

Quel parti doit-on choisir en présence de ces deux théories ?

Si l'on s'en réfère à la tradition historique on constate que le point de vue actuel de la doctrine ne fait que reprendre l'opinion de nos anciens auteurs ; ceux-ci, en effet, dès le milieu du xviii^e siècle s'accordaient pour dénier toute action en rescision au mineur, majeur coutumier, contre tous les actes d'administration qu'il accomplissait et spécialement contre les actes professionnels (3).

(1) Tribunal de la-Seine, 26 février 1901, *Gazette des Trib.*, 1901.2.440.

(2) LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XVIII, n^o 548.

(3) Cf. VALIN, *Commentaire de la Coutume de la Rochelle*, 1761, p. 611 : « Lorsque le mineur exerce un art ou un métier, tous les engagements qu'il contracte relatifs à son métier sont valables sans espérance de restitution pour cause de lésion. »

Si l'on remarque, par ailleurs, qu'il n'a jamais été dans l'intention du législateur de 1804 de rendre à la restitution pour cause de lésion sa portée ancienne on ne peut que s'étonner de voir la jurisprudence moderne statuer dans le sens indiqué précédemment et souhaiter qu'une intervention législative consacre formellement le système doctrinal.

Ce ne serait d'ailleurs pas faire là œuvre entièrement nouvelle, puisque d'une part le droit allemand admet positivement une solution analogue et que d'autre part le législateur français lui-même semble bien s'être engagé dans cette voie, comme l'étude du droit du mineur d'estimer en justice relativement à sa profession va nous permettre de le démontrer.

L'article 113, Livre I, Section III, titre I du Code civil allemand dispose en effet que « si le représentant légal habilité le mineur en vue d'un engagement de service ou de travail, le mineur est pleinement capable d'exercice des droits pour tous les actes juridiques concernant la formation ou la cessation d'un rapport de service ou de travail de l'espèce permise ou pour l'exécution des obligations nées d'un rapport de cette nature ».

SECTION II. — Droit du mineur d'estimer en Justice relativement à sa profession

Longtemps les interprètes, en cette matière, se contentèrent d'appliquer les règles du droit commun, décidant que le mineur ne pouvait, en aucun cas, estimer seul en justice. Mais ce système sans doute très juridique, présentait de nombreux inconvénients, aussi provoqua-t-il de vives réactions de la part de la pratique ; les premières

furent l'œuvre de la jurisprudence prud'hommale (1) ; elles aboutirent rapidement à engendrer une évolution législative très caractéristique, dont les principales étapes sont marquées par les lois des 24 décembre 1896 sur l'inscription maritime (article 51) complétée par la loi du 13 décembre 1926 (article 110) portant Code du travail maritime, du 12 juillet 1905 (articles 5 et 16, al. 2) sur les Juges de Paix et enfin, du 27 mars 1907 (article 37) sur la réorganisation des Conseils de Prud'hommes, modifiée par la loi du 21 juin 1924 (Code du travail, Liv. IV, article 71).

La plus récente de ces dispositions législatives (article 110 de la loi du 13 décembre 1926, portant Code du travail maritime) décide que l'autorisation donnée au premier embarquement du mineur par la personne chargée de sa protection légale ou à défaut par le juge de paix lui confère capacité pour accomplir tous les actes se rattachant à ses engagements, notamment pour toucher ses salaires. Ce texte, interprété très extensivement a permis de reconnaître au marin mineur le droit d'ester en justice relativement à sa profession, tant en demandant qu'en défendant ; des limitations ont d'ailleurs été apportées à ces pouvoirs : c'est ainsi qu'il a toujours été rigoureusement interdit au mineur de compromettre, solution qui découle nécessairement de la combinaison de l'article 83 du Code de procédure civile, aux termes duquel les causes qui intéressent les mineurs sont communicables au ministère public, avec l'article 1004 du même Code qui dispose qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations sujettes à communication ; de même un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour

(1) Conseil des Prud'hommes de Nantes, 28 nov. 1892, *Journal des Prud'hommes*, 1893, p. 116.

de Cassation du 27 octobre 1936 (1) a précisé que si le marin mineur trouve bien dans l'article 110 de la loi du 13 décembre 1926, « la capacité d'agir seul, même en justice, pour accomplir tous les actes se rattachant à ses engagements, notamment pour toucher ses salaires, le droit qui lui est conféré ne lui permet cependant pas de consentir à la substitution d'une juridiction arbitrale à la juridiction de droit commun, prévue par l'article 120 de la susdite loi pour juger les litiges entre armateurs et marins ».

Bien que très caractéristique de la tendance législative actuelle, la situation que nous venons d'envisager ne présente, évidemment, qu'un intérêt secondaire ; à l'inverse les dispositions contenues dans les autres lois énumérées précédemment sont de portée très générale et offrent incontestablement au mineur de très réelles possibilités d'action personnelle.

C'est en premier lieu l'article 71, Livre IV du Code du travail. Ce texte autorise, d'une manière générale, les mineurs à ester devant le Conseil des Prud'hommes, soit avec l'assistance de leur père ou tuteur, soit à défaut avec l'autorisation du Conseil lui-même. Cette juridiction étant la juridiction normalement compétente pour connaître des litiges qui s'élèvent entre patrons et ouvriers, on conçoit aisément que cette disposition ait une grande utilité pratique pour le mineur, d'autant plus que la jurisprudence en fait une application stricte et favorable à la sauvegarde de l'initiative qui lui est consentie en cette matière ; elle décide, en effet, que doit être cassée toute sentence qui constate qu'un mineur a été représenté à l'audience des

(1) Cass., Req., 27 octobre 1936, S. 1937.1.28.

Prud'hommes par son père, sans mentionner que l'intéressé ait comparu en personne comme l'art. 69, liv. IV du Code du travail lui en fait l'obligation (1).

L'article 16, al. 2, de la loi du 12 juillet 1905 enfin décide parallèlement que, dans certains cas déterminés par l'article 5 (2), les mineurs peuvent être autorisés par le juge de paix à ester devant lui. Ce texte qui vise essentiellement à éviter des frais et des complications de procédure est bien, lui aussi de portée générale car les travaux préparatoires de la loi révèlent que la Commission sénatoriale retrancha d'un amendement voté par la Chambre les mots « lorsqu'ils ne peuvent être assistés de leur père ou tuteur » : ce qui signifie clairement que dans les hypothèses prévues les mineurs pourront ester devant le juge de paix indépendamment et même à l'encontre du consentement de leurs représentants légaux.

Ainsi conçues, ces différentes dérogations au principe posé par l'article 450 du Code civil constituent, au total, un régime cohérent, conforme à une conception progressive du droit et pratiquement assez satisfaisant : il est rigoureusement logique en effet de permettre au mineur apte à se

(1) Cass. civ., 23 décembre 1936, S. 1937.1.84. — V. également note sous Cass. civ., 22 décembre 1925, C. 1925.1.357.

(2) Art. 5 loi du 12 juillet 1905 (mod. par décret-loi du 28 mars 1934) : « Les juges de paix connaissent encore, sans appel, jusqu'à la valeur de 1.500 francs, et à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever : 1° des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail au jour, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient ; des maîtres, domestiques et gens de service à gage ; des maîtres ou patrons et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et règlements relatifs, soit à la juridiction commerciale, soit à celle des prud'hommes, soit au contrat d'apprentissage, ni aux lois sur les Accidents du travail... ».

créer lui-même des droits, de les faire valoir sans intermédiaire ; par ailleurs la simplification de la technique de l'action entraîne une économie de temps et d'efforts très appréciable et provoque le développement de l'esprit d'initiative chez les mineurs.

Pour toutes ces raisons il nous semble possible et même souhaitable de suivre la doctrine lorsqu'elle préconise l'extension de la capacité accordée au mineur pour la conclusion du contrat de travail à toutes les matières connexes.

SECTION III. — La perception du salaire par les ouvriers mineurs

Ayant ainsi opté pour cette conception libérale il nous sera plus aisé de résoudre les problèmes assez délicats que pose la dernière question que nous nous proposons d'envisager : la question de la perception du salaire des ouvriers mineurs.

A s'en tenir aux principes généraux du droit les solutions qui s'imposent sont simples ; il convient de décider que le salaire du mineur non émancipé doit être payé au père, administrateur légal ou au tuteur ; le salaire payé au mineur seul ne serait libératoire que dans la mesure où le patron prouverait que le mineur en a tiré profit (1). Mais, une fois encore, cette solution, bien que parfaitement juridique, présente de graves inconvénients pratiques. Non seulement elle ne tient aucun compte des règles spéciales qui dominent la matière du contrat de travail, dont le salaire est cependant un élément indissociable, non seulement elle tend à replacer le mineur sous le régime de la

(1) AUBRY et RAU, *Traité de Droit civil*, 5^e éd., t. V, § 372, p. 414, texte et note 83.

représentation pure et simple, mais encore elle lui fait courir le risque de voir le fruit de son labeur dilapidé.

Pour toutes ces raisons il nous paraît opportun d'adapter la règle de droit aux nécessités pratiques et d'une manière plus précise, de permettre au mineur de percevoir et de disposer librement, sinon de l'intégralité, du moins d'une fraction de ses gains. Et si nous n'hésitons pas à préconiser une telle réforme, c'est qu'une fois encore le législateur après avoir pris conscience des inconvénients que présente le régime en vigueur, est positivement intervenu pour tenter de procurer aux jeunes travailleurs les moyens de se constituer un fonds de réserve dont ils pourraient disposer librement.

Cette intervention s'est produite à trois reprises différentes dans un laps de temps assez court.

En premier lieu le mineur fut autorisé à se faire délivrer un livret de Caisse d'épargne postale et à y effectuer des versements sans aucune autorisation ; on lui accorda également la faculté de retirer les fonds ainsi déposés mais seulement après avoir atteint l'âge de 16 ans et sauf opposition de ses père, mère ou tuteur (loi du 9 avril 1881, art. 6, § 5 et loi du 20 juillet 1895, art. 16).

Puis il lui fut permis de se constituer une retraite en opérant des versements à la Caisse nationale des Retraites pour la vieillesse (loi du 20 juillet 1886, art. 13) (1) et enfin de s'affilier à une société de secours mutuels (loi du 1^{er} avril 1898, art. 3, al. 2) (2) à condition qu'il ait 16 ans révolus.

★ ★

(1) V. D. 1886.4.49.

(2) V. D. 1899.4.27.

Nous entendons bien que ces diverses dispositions visaient au premier chef à obvier aux conséquences du chômage et de la maladie, mais dans les faits elles ont très heureusement contribué à développer chez les jeunes salariés le sens de la prévoyance et le goût de l'épargne. Par ailleurs, elles impliquent à raison de la nature même des opérations qu'elles permettent au mineur, la possibilité pour celui-ci de disposer librement d'une partie de son salaire qu'il consacrera soit à l'épargne, soit au paiement des cotisations et arrérages qu'exige la participation aux organismes visés plus haut.

*
* *

Mais ces différents textes demeurent de portée très limitée et ils ne sauraient à eux seuls déterminer l'interprète à proclamer la nécessité d'accorder aux mineurs la libre disposition de leurs gains. Heureusement qu'à l'appui de cette thèse d'autres arguments peuvent être invoqués : les uns font appel aux législations étrangères et les autres aux projets législatifs.

On peut déduire en effet par un raisonnement « *a contrario* » d'une loi du 18 juin 1869, modifiée par la loi du 1^{er} juin 1891 (1), qu'il est de règle générale, en droit allemand, d'accorder au mineur pleine capacité pour percevoir son salaire et en disposer. Cette solution est d'ailleurs

(1) Ces textes disposent qu'il sera loisible aux communes de décider que le salaire gagné par les ouvriers mineurs doit être payé aux parents ou tuteurs et ne doit être versé entre les mains du mineur que sur leur consentement écrit ou sur le vu de l'accusé de réception fourni par eux de leur dernière paye; d'où il suit qu'en l'absence d'intervention de la commune ou de l'Association communale, le paiement direct du salaire au mineur constitue la règle habituelle.

implicitement confirmée par l'article 113 du Code civil allemand, qui accorde au mineur régulièrement habilité pour conclure un contrat de travail pleine capacité pour accomplir tous les actes qui s'y réfèrent directement.

Dans sa netteté catégorique cette conception n'est pas celle du droit belge qui, lui, consacre un système plus simple et plus nuancé, quoiqu'un peu rétrograde : le législateur belge, en effet, n'admet pas que la conclusion d'un contrat de travail par le mineur habilite « *ipso facto* » celui-ci à percevoir son salaire et à en disposer librement ; il considère que cette faculté ne doit lui être reconnue que si son intérêt l'exige, ce dont une personne impartiale doit être faite juge. C'est par application de ces idées que la loi belge du 10 mars 1900, dans son article 36, dispose que « si l'intérêt du mineur l'exige, le juge de paix peut soit « d'office, soit sur simple réquisition d'un membre de la « famille autoriser le mineur à encaisser la rémunération « de son travail et à en disposer en tout ou en partie, ou « lui désigner un tuteur « *ad hoc* » chargé de disposer de « cette rémunération pour les besoins du pupille ».

Quoiqu'il en soit des qualités et des défauts respectifs de ces deux conceptions, elles ont eu le très grand mérite d'attirer l'attention des jurisconsultes français sur cette délicate question.

Dès 1903, en effet, une proposition de loi relative au Code du travail fut déposée par M. Victor Dejeante sur le bureau de la Chambre des députés. Elle spécifiait dans son article 125 que « le jeune travailleur âgé de plus de 13 ans « a le droit de recevoir sans le concours de ses parents ou « de son tuteur les sommes provenant de son travail per- « sonnel et d'en disposer librement » ; et ce texte ajoutait : « il en sera de même pour le jeune travailleur âgé de moins

« de 18 ans, lorsqu'il y aura été autorisé par le Président
 « du tribunal du travail (organisme nouveau que se propo-
 « sait de créer le projet) qui au préalable devra entendre
 « contradictoirement les parties s'il y a lieu ».

L'ensemble du projet n'aboutit pas ; mais, fait significatif, la Commission du travail de la Chambre retint l'idée exprimée dans l'article 125 et la reprit dans un rapport (1) présenté à la Chambre en 1907, en se déclarant favorable à l'extension de la capacité du mineur en matière de salaire. Aux termes de ce rapport cette extension devait se réaliser par l'adjonction à l'article 387 du Code civil de la disposition suivante : « Le paiement fait par l'employeur à l'em-
 « ployé mineur de la rémunération qui lui est due, est
 « valable si le père ou le tuteur de l'employé n'y a pas
 « mis préalablement opposition. En cas d'opposition le
 « juge de paix peut, soit d'office, soit sur simple réquisi-
 « tion d'un parent ou d'un tiers autoriser le mineur à rece-
 « voir tout ou partie de la rémunération de son travail ». Le système ainsi proposé semble au total assez satisfaisant, mais encore convient-il de l'harmoniser avec les autres réformes que réclame cette très importante matière, au sein d'une réglementation d'ensemble.

SECTION IV. — Observations critiques

Nous n'avons pas l'ambition d'élaborer un projet de cette réglementation d'ensemble ; c'est là un travail très au-dessus de nos possibilités ; qu'il nous soit permis cependant de regrouper brièvement les conclusions auxquelles nous avons abouti et d'en ébaucher l'unification.

(1) Rapport CHAMBON, Chambre, séance du 27 décembre 1907 (*J. Off.*, Doc. Parl., n° 1409).

A l'issue de ces développements il nous est apparu opportun non seulement de permettre au mineur d'intervenir personnellement à la conclusion de son contrat de travail, mais encore de lui accorder une large extension de capacité relativement à son activité professionnelle et à la possibilité de disposer au moins d'une partie de ses gains.

Mais comme il serait imprudent de confier de tels pouvoirs à des individus véritablement trop jeunes nous pensons qu'il est indispensable de ne les accorder que progressivement.

Et le système que nous préconisons est le suivant : les mineurs de 16 ans auront la possibilité de s'engager personnellement avec l'autorisation de leur représentant légal, laquelle vaudra habilitation pour tous les actes de la profession ; en outre il leur sera permis de disposer librement d'une partie de leurs gains, sauf opposition de leur père ou tuteur ; au cas d'opposition injustifiée, le mineur lui-même, un parent ou un tiers intéressé pourront en appeler au juge de paix ;

Les majeurs de 16 ans seront dotés d'une capacité plus large : il leur sera permis de conclure sans aucune assistance tous les engagements de même nature que ceux qu'ils ont été autorisés à contracter antérieurement, c'est-à-dire dans la période qui va de 14 à 16 ans (1) ; habiles à accomplir tous les actes de leur profession, ils pourront disposer d'une plus large part de leurs gains, sinon de la totalité.

Outre que l'adoption de ce système répondrait à de nom-

(1) Cf. Code du Travail, Livre II, art. 2 (loi du 9 août 1936), al. 1^{er}, qui dispose que les enfants ne peuvent être employés, ni admis dans les établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés, même s'ils ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance avant l'âge de 14 ans.

breuses nécessités pratiques, elle comblerait une lacune regrettable ; car il est pour le moins singulier de constater que notre droit du travail, en dépit des très larges modifications qui lui ont été apportées récemment, ne comporte aucune réglementation cohérente de la situation des salariés mineurs. Elle ne semble, par ailleurs, présenter que peu d'inconvénients, tant il apparaît, de nos jours, que l'engagement professionnel s'éloigne du concept classique du contrat pour se rapprocher, sous l'influence de la multiplication des conventions collectives, du concept de contrat d'adhésion.

Mais pourquoi, se demandera-t-on, avoir fixé à 16 ans l'accession du mineur à une plus large indépendance ?

Nous n'avons pas fixé cette limite arbitrairement, nous l'avons choisie parce que la loi elle-même nous y incitait. Outre l'art. 904 C. civ. et les art. 66 à 69 C. pénal (loi du 22 juillet 1912), des dispositions plus spéciales et plus voisines de la matière qui nous occupe semblent bien indiquer que l'âge de seize ans doit être considéré comme marquant un tournant important dans la vie juridique du mineur : ce sont les lois du 21 mars 1884 et du 12 mars 1920 sur les Syndicats professionnels et la loi du 9 avril 1898 sur les Accidents du travail.

Dans son art. 8 la loi du 9 avril 1898 décide que « le « salaire qui servira de base à la fixation de l'indemnité « allouée à l'ouvrier de moins de seize ans ou à l'apprenti, « victime d'un accident ne sera pas inférieur au salaire « le plus bas des ouvriers valides de la même catégorie « occupés dans l'entreprise ». Cette disposition qui a pour but de remédier aux inconvénients que présentait pour les mineurs de seize ans, dont le salaire est généralement très réduit, l'application des règles normales de calcul des

indemnités, révèle que le législateur a parfaitement compris que cet âge marquait le début d'une ère de plus grande productivité de l'individu. Or cette plus grande productivité est due au développement des facultés physiques et intellectuelles de l'individu. N'est-il pas alors parfaitement normal de provoquer simultanément l'affirmation de la personnalité juridique du mineur ?

De son côté la loi du 21 mars 1884 (art. 4), modifiée par la loi du 12 mars 1920 (Art. 6, livre III, Code du travail) dispose que les mineurs peuvent adhérer à un syndicat sans autorisation, mais à condition d'avoir atteint l'âge de seize ans, et sous réserve d'une opposition possible de leur père, mère ou tuteur.

Si l'on remarque que ces deux textes, en se plaçant l'un sur le plan de la productivité, sur le plan économique et l'autre sur le plan intellectuel, le plan du discernement, embrassent l'ensemble de la personnalité du mineur, on conviendra que nous sommes fondé à reprendre et à généraliser la distinction qu'ils opèrent entre mineurs et majeurs de seize ans.

CHAPITRE IV

LE MINEUR COMMERÇANT

Nous n'envisagerons pas sous ce titre la situation du mineur en droit commercial dans son ensemble mais seulement les dispositions dérogatoires au droit commun de la minorité que présente cette matière.

Dans ce but après avoir brièvement rappelé quelles sont les données historiques et les règles posées par le Code civil, nous étudierons le système instauré par le Code de commerce ; puis ayant mis en relief les lacunes qu'il comporte nous tenterons en nous appuyant sur certaines initiatives jurisprudentielles et sur le droit comparé de tracer les grandes lignes des réformes qu'il nous paraît souhaitable d'apporter à notre législation actuelle dans ce domaine.

SECTION I. — Evolution des règles de droit en cette matière

Le commerce, à qui l'Empire dut sa fortune et sa grandeur, bénéficia toujours à Rome de la faveur générale ; spécialement sur le plan juridique les juriconsultes n'hésitèrent pas, en vue d'en permettre l'exercice à un plus grand nombre d'individus à transgresser les règles archaïques du vieux droit civil ; c'est ainsi par exemple que le préteur porta la première atteinte sérieuse au principe rigoureux de l'incapacité des « *alieni juris* » en réglementant

l'institution du pécule et en sanctionnant l'investissement de cette masse de biens dans les entreprises commerciales.

Notre Ancien droit se montra également très favorable à l'extension de la capacité des mineurs dans ce domaine : une ordonnance de 1673 disposa, en particulier, en vue de leur procurer un accroissement de crédit, que tous les négociants, marchands en gros ou en détail, banquiers seraient réputés majeurs pour les faits de leur commerce, sans qu'ils puissent être restitués pour cause de lésion ; ce texte ne fixait aucun âge minimum à l'octroi de cette faveur. Toutefois, eu égard à l'admission dans les jurandes et corporations, l'ordonnance de 1673 disposait que nul ne serait reçu marchand s'il n'avait vingt ans accomplis et s'il ne rapportait le brevet ou le certificat d'apprentissage. Mais dans les lieux où les corporations n'étaient pas organisées tout individu pouvait en fait se livrer aux spéculations mercantiles sans aucune condition d'âge : solution extrêmement libérale et qu'admettaient, vers la même époque, les jurisconsultes italiens.

Sous le droit intermédiaire par suite de la disparition des corporations le mineur se livrant au commerce se trouva « *ipso facto* » et d'une façon tout à fait générale, nanti de la pleine capacité juridique sans qu'il lui fût besoin d'obtenir aucune autorisation, ni de remplir aucune condition d'âge.

Ce manque absolu de contrôle provoqua la ruine et la compromission de nombreux jeunes gens. Une intervention législative s'imposait. Mais quel système allait-on consacrer ? Fallait-il interdire, d'une façon absolue, tout commerce au mineur ou bien ne lui en permettre l'exercice que dans certaines limites ou sous certaines conditions ?

Chaque formule eut ses partisans : les uns estimant qu'il

convenait de protéger le mineur plus encore contre les actes de commerce, à raison de leur caractère aléatoire, que contre les actes civils ; les autres considérant à l'inverse que la netteté et la sécurité indispensables aux transactions commerciales requéraient l'octroi d'une large capacité aux mineurs.

Le Code civil se contenta d'effleurer la question en disposant, d'une part, dans son article 487 que « le mineur « émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour « les faits relatifs à ce commerce » et d'autre part dans son article 1308 que « le mineur commerçant, banquier ou artisan n'est point restituable contre les engagements qu'il « a pris à raison de son commerce ou de son art ». Les auteurs tentèrent bien d'édifier sur ces deux textes un système cohérent, mais ils ne purent y parvenir non seulement parceque l'article 487 qui figure au chapitre de l'Emancipation est insusceptible de généralisation, mais encore parceque l'article 1308 ne reprend pas la distinction que semble opérer l'article 487 entre mineurs émancipés et non émancipés, distinction qui, à la rigueur, aurait pu servir de base de départ aux interprètes.

Et il fallut attendre la promulgation du Code de commerce pour être définitivement éclairé.

★
★★

Pour pouvoir valablement exercer un commerce le mineur doit aux termes de l'article 2 du Code de commerce remplir trois conditions : il doit avoir dix-huit ans accomplis, être émancipé et enfin être régulièrement autorisé. L'autorisation ainsi requise doit être publiée ; elle émane du titulaire de la puissance paternelle c'est-à-dire, en prin-

cipe, du père ou à son défaut de la mère. Si l'un et l'autre sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté elle résultera d'une décision du conseil de famille, dûment homologuée par le tribunal civil. Cette autorisation qui ne peut être qu'expresse et écrite puisqu'elle est soumise à publication, doit également être spéciale : elle ne peut viser que l'exercice de la profession commerciale, mais sous cette réserve elle ne peut être plus ou moins générale, c'est-à-dire valoir pour un ou tous les genres de commerce concevables.

Avant l'institution en 1919 du Registre du commerce la publicité de l'autorisation se réalisait par enregistrement et affichage aux greffes des tribunaux de commerce. La loi du 18 mars 1919 en laissant subsister ces formalités y adjoint l'inscription au registre du commerce. Puis comme ce système aboutissait à des complications inutiles, la loi du 28 mars 1931 supprima l'ancien mode de publicité par enregistrement et affichage.

SECTION II. — Capacité du mineur régulièrement habilité

Ainsi habilité le mineur se voit conférer une capacité égale à celle d'un majeur. Il peut évidemment faire seul tous les actes qui font l'objet direct et principal de son commerce et tous ceux qui s'y réfèrent accessoirement : à ce titre il peut traiter avec tous autres négociants ou fournisseurs, engager commis et employés, signer tous effets de commerce, lettres de change ou billets à ordre, les endosser ou les escompter, intenter toutes les actions relatives à son commerce, transiger ou consentir un arbitrage sur les contestations et même acheter une maison ou tout

autre immeuble pour y installer le siège de son exploitation, il peut encore consentir un cautionnement que ce soit en la forme civile ou en la forme commerciale (bien que ce contrat soit un contrat civil par sa nature), pourvu qu'il soit fourni dans l'intérêt de son commerce. Il peut enfin remettre son fonds de commerce. Mais peut-il valablement en acheter un ?

Au cas où l'achat est effectué par un mineur exerçant déjà un commerce dans le but d'étendre ses affaires ou de détruire une concurrence, aucune difficulté ne s'élève; car il s'agit là d'un acte de gestion normal de l'entreprise déjà existante, qui ne peut lui être interdit à aucun titre.

Mais au cas où l'acquéreur est un mineur non encore installé, il n'en va plus de même. Dans cette hypothèse le doute provient de ce que la Jurisprudence est très divisée sur le caractère qu'il convient d'assigner à l'opération et également de ce que l'habilitation seule ne confère pas au mineur la qualité de commerçant.

Pour la Cour de Cassation (1), l'achat d'un fonds par un mineur habilité, mais non encore installé ne constitue pas un acte de commerce. A l'inverse dans un arrêt récent, du 16 janvier 1937 (2), la Cour de Colmar a décidé qu'un tel acte était bien un acte commercial, même pour celui qui n'est pas encore commerçant, à condition, toutefois, qu'il révèle chez son auteur l'intention d'exploiter lui-même le fonds et par conséquent de devenir commerçant. Et à l'appui de son point de vue la Cour ajoute qu'une telle opération ne peut être considérée comme un acte de commerce isolé, puisqu'il est le premier d'une série d'ac-

(1) Cass. civ., 24 avril 1861, S., 61.1.625,

(2) G. P., 1937.1.693,

tes qui feront de l'exploitant un commerçant et que c'est cette particularité qui détermine sa nature commerciale.

Du point de vue qui nous occupe il est d'ailleurs sans grand intérêt pratique de se décider pour l'une ou l'autre de ces deux théories, car quelque soit le caractère que l'on attribue à l'achat d'un fonds on ne peut que décider que cet acte rentre bien dans la capacité du mineur habilité puisque ce dernier est réputé majeur non seulement pour les actes qui ont un caractère commercial au principal ou en vertu de la théorie de l'accessoire, mais encore pour les actes civils qui sont accomplis dans l'intérêt du commerce autorisé.

Des difficultés se sont élevées également à propos de la question de savoir si le mineur habilité à faire le commerce était par cela même autorisé à entrer en société.

Bien évidemment lorsque l'autorisation s'explique expressément sur ce point, la volonté qui y est exprimée doit être respectée. Mais que décider au cas où elle est muette ?

Pour certains auteurs le droit d'entrer en société ne résulte pas de l'autorisation, car celle-ci est un véritable mandat qui ne saurait recevoir d'extension au-delà de ses termes ; en conséquence le mineur ne pourra s'associer valablement qu'autant qu'il obtiendra de ses parents, ou de son conseil de famille une nouvelle autorisation. Et encore ne pourra-t-il pas au bénéfice de cette seconde habilitation agir librement : il ne pourra en principe s'associer que sous une forme excluant l'obligation solidaire des coassociés au passif ; par suite il ne pourra entrer ni dans une société en nom collectif, ni dans une société en commandite en qualité de commandité, s'il y a pluralité de commandités ; à l'inverse il pourra parfaitement entrer

en société comme commanditaire ou constituer une société en commandite dont il sera le seul commandité ou enfin contracter une société en participation.

Cette théorie est inacceptable ; elle est inacceptable, non seulement parcequ'elle oblige à des distinctions dont la complexité même indique bien le caractère arbitraire, mais encore parcequ'on ne saurait raisonnablement soutenir que l'autorisation de faire le commerce est un mandat donné au mineur. Ce contrat en effet implique une délégation de pouvoirs du mandant au mandataire et l'obligation pour ce dernier d'agir au nom et dans l'intérêt de son auteur : caractéristiques que l'on chercherait vainement à découvrir dans notre hypothèse.

Il convient, en définitive, d'admettre avec la majorité de la doctrine (1) et de la Jurisprudence (2) que l'autorisation, faute de limitation résultant de ses termes, confère au mineur capacité générale pour exercer le commerce et faire les actes qui s'y rattachent et spécialement capacité pour s'associer avec les tiers sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les différentes formes de sociétés.

Au cas où il ne s'agit d'accomplir que des actes de commerce isolés, le mineur, pour agir valablement, n'est soumis, aux termes de l'article 3 du Code de commerce, modifié par la loi du 18 mars 1931, qu'à la première disposition de l'article 2.

Qu'entendre par les termes « première disposition » ? On admet généralement que cette expression vise les conditions d'âge et d'émancipation et la nécessité d'une autorisation. Certains auteurs, cependant ont soutenu que seule l'autori-

(1) V. *Pandectes Françaises, Répertoire*, t. XVIII, v^o *Commerçant*, n^o 780.

(2) Caen, 11 août 1828, D. P. 1831,2.19,

sation était requise : cette interprétation est très certainement erronée, car ne pouvant être émancipé avant 18 ans, si ce n'est par mariage, le mineur ne pourrait agir valablement seul, bien qu'habilité. En définitive le mineur qui entend faire des actes de commerce isolés est donc soumis aux mêmes conditions de capacité que celui qui entend exercer le commerce, mais il est dispensé de procéder à la publication de l'autorisation qui lui a été accordée : système sans inconvénient puisque les tiers cocontractants auront toujours la possibilité d'exiger la production de cette autorisation lors de la passation de chaque acte.

SECTION III. — Retrait de l'autorisation

L'autorisation de faire le commerce peut être retirée au mineur soit directement, soit indirectement. Elle peut l'être indirectement par la révocation de l'émancipation et la remise en tutelle ou sous la puissance paternelle de l'adolescent dans les cas où il abuse de la capacité qui lui a été accordée ; par ailleurs il est possible que le mineur, sans faire de prodigalités excessives, ne montre pas les qualités professionnelles nécessaires à la bonne conduite de son commerce : dans cette hypothèse encore l'autorisation doit pouvoir lui être retirée ; en dépit du silence des textes la majorité des auteurs admettent cette possibilité.

Mais comment ce retrait doit-il s'opérer ?

On admet généralement que la personne détentrice de la puissance paternelle, auteur de l'habilitation, ne peut agir par voie d'autorité ; elle doit saisir le tribunal civil (1).

(1) Pour M. JAPIOT (*Cours* professé à la Faculté de droit de Dijon, 1936) la juridiction qu'il convient de saisir en l'espèce est non pas le tribunal civil, mais le tribunal de commerce.

En toutes hypothèses le retrait de l'autorisation devra être mentionné en marge de l'inscription figurant au Registre du Commerce.

Sanction des règles d'habilitation :

Lorsqu'un mineur exerce effectivement le commerce, sans que les conditions prescrites par l'article 2 C. com. aient été remplies, il ne possède pas, en droit, la qualité de commerçant ; par suite il ne peut être mis en faillite, ni poursuivi pour banqueroute.

Mais à quel régime vont être soumis les actes accomplis ?

Aux termes de l'article 1305 du Code civil, applicable en l'absence de toute règle commerciale, les actes faits par un mineur au-delà des limites de sa capacité ne sont en principe que rescindables pour cause de lésion ; toutefois lorsqu'il s'agit d'actes soumis à formalités, l'inobservation de ses dernières donne lieu à nullité, alors même que la lésion ne serait pas prouvée.

Faisant application, mais une application erronée, de cette distinction, la jurisprudence a décidé que les actes soumis à formalités, tel que l'emprunt, accompli par un mineur irrégulièrement habilité à faire le commerce, seraient annulables et que les autres opérations ne seraient que rescindables pour cause de lésion (1).

Ce système qui ne tenait aucun compte des articles 2 et 3 du Code de commerce, fut violemment critiqué par la doctrine (2). Pour celle-ci, si effectivement il y a lieu de s'en référer, en la matière, à la règle civile, il convient également de décider que les actes faits par le mineur non ou irrégulièrement habilité sont tous annulables, sans qu'il

(1) Paris, 17 décembre 1885, S. 1886.2.37.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 238

y ait lieu de distinguer s'ils sont, par leur nature même, soumis ou non à formalités ; la nullité existe indépendamment de toute lésion.

Ce point de vue a été formellement consacré par la Chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 mars 1922 (1) qui déclare notamment : « Les actes de commerce faits par le mineur sans l'accomplissement des des formalités prescrites par les articles 2 et 3 du Code de commerce sont nuls et ne sont pas seulement rescindables pour cause de lésion, le consentement donné par le père ne peut suppléer à ces formalités spéciales et d'ordre public ».

On a reproché à cette décision de n'avoir qu'insuffisamment motivé la solution, d'ailleurs exacte, qu'elle accepte. Cette critique apparaît à M. Lyon-Caen comme trop sévère. « Sans doute, écrit cet auteur (2) on peut regretter que la Chambre civile dans les motifs ci-dessus rapportés n'ait pas visé l'article 1311 du Code civil qui lui aurait fourni une base légale très solide. Mais il y a lieu d'observer par ailleurs que la Cour relève le caractère d'ordre public des formalités omises : or c'est un principe général, auquel il n'a guère été dérogé par la loi que dans la théorie des empêchements de mariage purement prohibitifs, que l'omission de telles formalités emporte nullité de l'acte. Il nous paraît que la référence très nette, bien que rapide à cette règle motive suffisamment l'arrêt ». Par ailleurs et en dépit du caractère d'ordre public qui lui est ainsi assigné, les auteurs sont d'accord pour décider que cette nullité demeure une nullité de protection, une nullité rela-

(1) G. P., 1922.1.615.

(2) Note LYON-CAEN, S. 1922.1.145.

live dont seuls le mineur et ses représentants légaux peuvent se prévaloir : conception au total assez critiquable, puisque, de droit commun, la méconnaissance des règles d'ordre public est sanctionnée par une nullité absolue.

Devant quelle juridiction l'acte annulable doit-il être attaqué ?

On admet généralement que le tribunal de commerce, s'il est saisi devra se déclarer incompétent, car l'acte n'est commercial qu'en apparence ; ce n'est d'ailleurs pas non plus un acte civil, et l'action en nullité doit être portée devant le tribunal civil parce que cette juridiction est la juridiction de droit commun.

SECTION IV. — Observations critiques

Satisfaisant dans toute la mesure où il concilie la nécessité d'assurer la protection des intérêts du mineur et la liberté d'action indispensable aux chefs d'entreprise, notre régime actuel d'habilitation du mineur commerçant n'est cependant pas sans présenter de nombreux inconvénients.

Ces inconvénients se font jour essentiellement au cas de prédécès du père, lui-même commerçant. Il apparaît, en effet à s'en tenir à la lettre du Code, que dans cette hypothèse il est impossible au mineur, s'il a moins de 18 ans, de continuer le commerce paternel, il sera ainsi amené à vendre le fonds, ce qui peut lui être extrêmement préjudiciable.

La pratique s'est efforcée par des moyens détournés de remédier à semblable situation.

Elle y est parvenue, en premier lieu, en raisonnant de la manière suivante : la loi ne fait pas défense au mineur d'être et de demeurer propriétaire d'un fonds de commerce,

seule l'exploitation lui en est interdite, s'il ne remplit pas les conditions d'âge et d'habilitation requises ; deux cas peuvent alors se présenter : ou bien le mineur héritier reste sous la puissance paternelle du survivant de ses parents et celui-ci exerçant son droit de jouissance légale, exploite le fonds, puis le rétrocède à son fils dès que celui-ci a atteint l'âge de 18 ans ; ou bien le mineur étant sans parent il n'y a plus lieu à usufruit légal ; dans cette seconde hypothèse on parviendra également à sauvegarder les intérêts du mineur grâce à l'emploi du contrat de louage : le tuteur donnera à bail à un tiers, ou prendra à bail pour lui-même le fonds de commerce, avec l'autorisation du conseil de famille, moyennant un loyer convenu et il sera stipulé que le bail expirera au jour où le mineur atteindra sa dix-huitième année.

Ce système qui est juridiquement inattaquable, à condition que le mineur n'intervienne jamais personnellement, demeure cependant très imparfait. En effet, non seulement il réduit le mineur à la portion congrue et l'empêche, au cas où il aurait été particulièrement apte au commerce, de réaliser de sérieux bénéfices, mais encore il aboutit parfois à de véritables impossibilités. C'est ainsi que si l'ascendant survivant ou le tuteur exerce une profession incompatible avec l'exercice du commerce (magistrats, fonctionnaires, avocats, officiers, etc.) le système préconisé devient pour partie inutilisable. De même il ne faut pas se dissimuler que dans l'hypothèse où il s'agit de donner le fonds à bail à un tiers il sera très difficile de trouver une personne assez désintéressée pour accepter de l'exploiter pour une durée souvent très courte.

En présence de ces inconvénients les praticiens ont pensé trouver une autre solution au problème dans la transposi-

tion en notre matière des règles relatives aux sociétés. Le mineur a incontestablement la possibilité, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites pour l'aliénation de ses biens incorporels, de vendre le fonds de commerce qui lui est advenu. Ceci acquis, ne pourrait-on pas lui permettre d'en faire l'apport à une société, étant précisé qu'il ne saurait s'agir d'entrer ni dans une société en nom collectif, ni dans une société en commandite, en qualité de commandité, ces deux formes de groupement impliquant chez leurs membres la qualité de commerçant, que précisément le mineur ne peut, par hypothèse, acquérir ?

Rien « *a priori* », ne s'oppose à la réalisation d'une semblable combinaison et particulièrement à ce qu'un mineur acquiert la qualité de commanditaire (1) : il est unanimement admis, en effet, aujourd'hui, non seulement que le commanditaire n'a pas la qualité de commerçant, mais encore que le fait de s'engager comme tel ne constitue pas un acte de commerce isolé ; c'est un simple acte civil : cette solution est très heureuse en pratique car elle facilite l'investissement des capitaux des incapables, à qui il sera toujours possible de passer par devant notaire un contrat de société dans lequel l'apport du fonds sera contrebalancé par l'apport fictif d'un autre associé, choisi parmi les proches, et qui gèrera au moins nominalemeut le négoce. Ce système ne va évidemment pas sans complications, ni

(1) V. sur une question voisine : l'apport en Société des biens immeubles des mineurs. *Revue pratique de Notariat*, 1927, p. 33. Certains auteurs considèrent cet apport comme impossible, d'autres se prononcent en faveur de la licéité de l'opération. L'auteur de la chronique, M. Jean BLANGUET, estime que la solution de la question réside dans la nature de l'acte d'apport : si c'est un véritable apport en Société, l'opération est licite ; il cesserait de l'être au cas de vente déguisée.

sans frais, mais il est satisfaisant, parcequ'il permet au mineur de recueillir la plus grande partie des bénéfices.

★ ★

Indiquons encore, pour être complet, que lorsque l'ascendant exploite un commerce sous forme de société, son décès ne présente pas toujours pour l'héritier mineur tous les inconvénients signalés plus haut ; c'est que, fréquemment, il est stipulé aux statuts, que la société, au cas de prédécès de l'un des associés, se continuera avec les héritiers de ce dernier et qu'en outre une jurisprudence constante décide que cette clause doit recevoir application même lorsque les héritiers sont mineurs (1). Observons toutefois que la Chambre des Requêtes de la Cour suprême vient d'apporter à ce système une limitation grave en décidant que « cette continuation qui est une charge de la « succession ne peut dépasser le temps fixé pour la durée « de la société ; à cette époque, en effet, la société cesse « de plein droit et pour la proroger, même tacitement et « en faire une société nouvelle, il faut, comme pour la formation de tout contrat un consentement, que des mineurs « sont incapables de donner » (2) : solution logique, sans doute, mais qui enlève une très grande partie de son intérêt à la jurisprudence signalée plus haut et qui remet tout le problème en question au cas où le pacte social expire avant que l'héritier de l'associé prédécédé n'ait atteint l'âge de 18 ans.

En présence des nombreuses imperfections et du caractère souvent très artificiel des différents systèmes proposés

(1) Cass., Req., 2 mars 1885, D. 1885.1.441.

(2) Cass., Req., 6 janvier 1913, G. P., 1913.1.151.

par la pratique, on ne peut que souhaiter voir le législateur intervenir et réglementer d'une façon précise le droit pour le mineur de 18 ans de continuer le commerce de ses ascendants.

Mais dans quel sens cette intervention doit-elle se faire ?

Si nous nous référons aux droits étrangers nous constatons que plusieurs législations européennes, plus avancées que la nôtre, ont déjà codifié la matière.

L'article 5 du Code de commerce espagnol dispose, en particulier que les mineurs de 21 ans et les incapables peuvent continuer par l'intermédiaire de leurs « guardadores » (tuteurs ou curateurs) le commerce exploité par leurs parents défunts ; en cas d'empêchement ces « guardadores » peuvent désigner un ou plusieurs « factores » qui les suppléent dans cette mission. A titre de garantie l'article 269, al. 4 du Code civil espagnol dispose que les « guardadores » ne pourront ainsi gérer le fonds échu au mineur que du consentement du conseil de famille.

Le Code de commerce italien contient une disposition analogue, l'article 12, qui autorise l'ascendant survivant ou le tuteur à continuer le commerce, mais à la condition d'y être autorisé, le premier par le tribunal civil et le second par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal. Ces autorisations reçoivent une certaine publicité, elles sont transcrites sur un registre au greffe, affichées dans la salle d'audience du tribunal, à la maison commune et enfin dans les locaux de la bourse la plus voisine.

Le Code roumain a adopté les mêmes dispositions.

Sous réserve de quelques différences de détail toutes ces législations consacrent un système unique et confient au tuteur la gérance du fonds échu au mineur.

Bien que cette conception soit conforme aux principes généraux du droit et en harmonie avec notre droit positif, ce n'est pas sous cette forme que nous souhaitons voir s'opérer la réforme, car nous estimons qu'ainsi conçue elle est incompatible avec la netteté et la sécurité qu'exigent les transactions commerciales et aussi parcequ'elle ne permet pas au pupille d'acquérir l'esprit d'initiative si indispensable aux négociants. Remarquons, enfin, qu'elle se heurte aux mêmes impossibilités que le système proposé par la jurisprudence, qui consistait à donner le fonds à bail au tuteur.

Pour toutes ces raisons nous pensons qu'il serait préférable d'accorder au mineur qui possède de réelles aptitudes la possibilité de diriger lui-même son commerce ; il appartiendrait au conseil de famille de décider s'il a ou non la maturité d'esprit suffisante. Au reste, dans les hypothèses où il s'agirait d'un mineur trop jeune ou n'offrant pas les qualités personnelles suffisantes, on pourrait, malgré les inconvénients signalés précédemment, adopter un système analogue à celui qui est consacré par le Code de commerce italien, étant précisé qu'aux cas d'impossibilité pour le tuteur de gérer le fonds, il lui serait nommé un substitut par le conseil de famille.

★ ★

Aux termes de ces développements, nous sommes amené à constater que le législateur lui-même n'a pas craint, à propos d'activités juridiques qui comportent cependant un maximum de risques, d'apporter une importante dérogation au principe de l'incapacité du mineur ; cette constatation nous confirme dans l'idée qu'en fixant à 21 ans l'âge de la majorité civile, les rédacteurs du Code n'ont nullement entendu formuler une règle empreinte de la rigueur que

certain exégètes ont voulu lui attribuer, et elle nous donne une assurance supplémentaire pour conclure à l'opportunité d'une extension générale de la capacité des mineurs en droit commercial, qui pourrait se réaliser par exemple par un abaissement sensible de l'âge de la majorité spéciale de 18 ans.

CHAPITRE V

LE MINEUR ET L'EXERCICE D'UN MANDAT

Aux termes de l'article 1984 du Code civil « le mandat ou « procuration est un acte par lequel une personne donne à « une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le man- « dant et en son nom ».

Ce contrat implique donc le concours des activités de deux personnes : le mandataire et le mandant.

Nous examinerons successivement dans trois paragraphes les conditions de capacité auxquelles ces personnes sont soumises et le mécanisme des rapports qui s'établissent entre elles.

1. Relativement à la capacité requise pour donner valablement mandat, la loi est muette ; de ce silence le tribun Tar-ribe, dans son rapport au Tribunat, donnait les motifs suivants (1) : « Le mandat n'ayant d'autre objet que de confier « au mandataire la gestion d'une affaire dont tout l'intérêt « se reporte au commettant, il est évident que celui-là seul « qui a capacité de traiter cette affaire peut en confier l'exé- « cution à un autre et qu'ainsi le pouvoir donné par le man- « dat est nécessairement circonscrit dans celui qu'aurait le « commettant lui-même s'il traitait ou agissait en personne ».

Il apparaît donc que si le législateur a jugé superflu de s'expliquer sur ce point, c'est qu'il a estimé que la solution

(1) V. *Répertoire général Dalloz*, v° *Mandat*, p. 93, n° 121,

découlait tout naturellement de la nature du contrat envisagé et il faut pour pouvoir valablement donner mandat d'accomplir un acte déterminé avoir la capacité de l'accomplir soi-même.

De ce principe il résulte, en particulier, que le mineur non émancipé ne saurait donner mandat de vendre ou d'administrer ses biens ; par contre il pourrait valablement charger un tiers de prendre ou de renouveler une inscription hypothécaire, cet acte présentant le caractère d'une mesure conservatoire.

2. Du point de vue de la capacité requise dans la personne du mandant le contrat de mandat ne présente donc aucune particularité remarquable. Mais il en va tout autrement si on l'envisage sous l'angle de la capacité requise pour être mandataire ; un texte, en effet, l'article 1990 du Code civil, vise spécialement la question et dispose que « les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis comme mandataires ».

Certains auteurs, comme Merlin, raisonnant « *a contrario* », ont tiré argument de ce texte pour soutenir que le mineur non émancipé ne pouvait être mandataire (1). On s'accorde à reconnaître, de nos jours, que cette interprétation est erronée et qu'il convient, au contraire, de généraliser les termes de l'article 1990 et d'en faire application à tous les incapables ; c'est là la solution de la jurisprudence (2), solution que MM. Aubry et Rau justifient excellemment dans les termes suivants (3) : « L'article 1990 « n'a point été rédigé dans un esprit d'exclusion ; il a bien

(1) V. également dans le même sens : DE FRÉMINVILLE, *Traité de la Minorité*, t. II, n° 241 *ter*.

(2) Rouen, 17 février 1855, D. 56.2.275.

(3) AUBRY et RAU, *Traité de Droit civil*, t. IV, § 411, n° 10.

« moins pour objet d'énumérer les personnes capables de
« recevoir un mandat que de déterminer les effets de l'accep-
« tation du mandat, conféré à une personne jouissant de
« l'administration de sa fortune, sans en avoir la disposi-
« tion. Le législateur, dans cette circonstance paraît avoir
« été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât, comme
« un simple acte d'administration, l'acceptation d'un man-
« dat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et
« qu'ainsi on ne considérât comme valablement obligés,
« par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé et
« la femme mariée qui se serait réservée l'administration
« de ses biens ».

Donc, en définitive, si aucune capacité n'est requise dans la personne du mandataire c'est parcequ'il n'agit pas pour son propre compte, mais pour le compte du mandant, à qui seul, il appartient d'apprécier si l'incapable est ou non apte à remplir la mission qu'il entend lui confier.

3. En ce qui concerne le mécanisme du mandat, l'état d'incapacité reste sans aucune influence dans les rapports du mandataire avec les tiers, mais il retrouve toute son efficacité dans les rapports de mandataire à mandant, et comme l'indique l'article 1990, l'incapable ne peut se voir obligé que dans les limites de la capacité qui lui est propre : il ne sera tenu ni des dommages-intérêts pour inexécution du mandat, ni de l'action en reddition de compte dont est passible toute mandataire capable.

Toutefois et par application des principes généraux, il pourra être contraint par l'action « *de in rem verso* » de restituer au mandant le profit personnel qu'il aurait pu retirer de l'exécution du mandat ; à plus forte raison sera-t-il tenu des détournements qu'il aura commis, car il est

de règle que le mineur ne soit pas restituable contre les conséquences de ses délits.

A cette règle qui permet à tous les incapables d'être mandataire, l'article 1028 du Code civil apporte une importante exception ; ce texte décide en effet que celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire ; et l'article 1030 précise que le mineur ne pourra l'être même avec l'autorisation de son tuteur ou de son curateur : dispositions qui s'expliquent par cette considération qu'il est juste que l'exécuteur testamentaire dont la présence et la personnalité sont imposées aux héritiers, apporte à ces derniers, en contre-partie, la garantie de sa responsabilité personnelle.

A l'inverse une loi de guerre, la loi du 4 avril 1915 semble avoir étendu jusqu'à l'absurde le champ d'application de l'article 1990. Ce texte, qui a pour objet de permettre le mariage par procuration des militaires et marins en temps de guerre, n'a limité aucunement le choix des mandataires et n'a fixé aucune limite d'âge à l'exercice de ce mandat, tout de même un peu spécial. Ces lacunes ont engendré des situations extravagantes, permettant, par exemple, au militaire de désigner comme mandataire son père, sa mère, son frère, sa sœur, ceux de sa future épouse et même l'enfant issu de ses relations antérieures avec cette dernière (1).

*
* *

(1) Le décret-loi du 9 septembre 1939 (*J. O.*, 14 septembre 1939, p. 11.400, qui reprend la même question, ne nous apporte aucune précision supplémentaire ; il se borne à indiquer, qu'en temps de guerre, pour des causes graves, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires et des marins, sans que le futur époux, s'il est présent sous les drapeaux, soit obligé de comparaître en personne.

A vrai dire, nous entendons bien que les possibilités d'action et d'initiation à la vie juridique que cette matière ouvre aux mineurs ne résultent pas directement du désir du législateur d'accroître leur capacité ; il n'en est pas moins intéressant et significatif de remarquer, d'une part qu'il n'a pas voulu, comme il aurait pu le faire, réserver aux seuls majeurs la faculté d'être mandataire et d'autre part que les interprètes n'ont pas hésité, en dépit des termes de l'article 1990 à faire application de ce texte aux mineurs non émancipés.

CHAPITRE VI
LE MINEUR
ET LES QUESTIONS DE RESPONSABILITE (1)

Nous étudierons successivement dans ce chapitre la responsabilité civile et la responsabilité pénale du mineur. Accessoirement nous envisagerons la question de l'exercice contre le mineur de l'action civile devant la juridiction répressive.

SECTION I. — La responsabilité civile du mineur

Il est bien évident que le problème de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle d'un individu mineur peut se poser à propos de toutes les hypothèses prévues par le Code civil dans ses articles 1382 à 1386. Nous n'étudierons cependant pas tous les cas de responsabilité complexe (art. 1384 et suiv.), car ils ne présentent qu'un seul point susceptible de nous intéresser, point commun à tous, et qui est la question de l'application aux personnes irresponsables des présomptions légales de faute.

Nous nous bornerons à envisager la responsabilité du fait d'autrui parcequ'elle met plus spécialement en jeu la personnalité du mineur et les solutions que son étude nous

(1) Comme il ne nous est pas possible de reprendre ici, même rapidement, l'étude de cette immense matière, nous supposons connus tous les principes qui la régissent et toutes les discussions doctrinales dont elle a fait l'objet.

permettra de dégager pourront être considérées comme valables pour toutes les autres hypothèses visées par les art. 1385 et 1386 C. civ.

1. *La Responsabilité du fait personnel :*

Aux termes de l'art. 1310 C. civ. le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de ses délits ou quasi-délits ; c'est dire clairement qu'il en est, au même titre qu'un majeur, pleinement responsable.

Cette disposition ne constitue pas, à proprement parler, une dérogation à la règle de l'incapacité du mineur, car capacité et responsabilité sont deux notions bien distinctes : tandis que la première vise exclusivement les engagements qui se forment du consentement, réciproque ou non, des individus, la seconde s'applique à des engagements qui prennent naissance en dehors de la volonté. Sans doute l'individu, auteur d'un délit ou d'un quasi-délit, a bien voulu l'acte qu'il a accompli ou, au moins, a conçu que son activité risquait de causer préjudice à autrui, mais il n'en a pas voulu et souvent il n'en a pas prévu toutes les conséquences pécuniaires. De là il résulte que le concept de capacité civile ne saurait intervenir utilement en matière d'obligation délictuelle ou quasi-délictuelle ; l'élément subjectif, constitutif de responsabilité doit être recherché dans une notion plus vaste : la notion de discernement. Comme l'indiquent MM. Planiol et Ripert « celui qui est dépourvu
« de l'intelligence nécessaire pour comprendre ce qu'il fait
« ou qui n'a pas la maîtrise de lui-même, comme un enfant
« en bas âge ou un fou, ne peut se trouver obligé en vertu
« d'une faute ; il est irresponsable aussi bien au point de
« vue civil, qu'au point de vue pénal et moral » (1).

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, n° 496, p. 689.

Mais alors, se demandera-t-on, pourquoi avoir réputé responsable un individu que l'on considère par ailleurs, c'est-à-dire essentiellement sur le plan contractuel, comme incapable ? C'est explique-t-on généralement parceque l'on considère que la notion du bien et du mal s'acquiert plus rapidement que la maturité d'esprit nécessaire à la pratique des affaires et aussi parceque l'incapacité délictuelle, si elle était proclamée aurait ceci de grave qu'elle priverait, en général, la victime de toute indemnisation : le concept de représentation étant ici inapplicable, sauf dans des cas bien déterminés, comme ceux prévus par l'art. 1384.

De cette conception il résulte, en pratique, que le juge ne pourra condamner le mineur à réparation que s'il estime que ce dernier a agi avec discernement : point de fait qu'il apprécie souverainement, sans avoir à tenir compte des règles de la capacité civile ou de la responsabilité pénale. Par suite un mineur de 13 ans, bien que considéré comme absolument irresponsable par la loi du 22 juillet 1912 (1), pourra être condamné à des dommages intérêts s'il est établi qu'il a ordinairement une conscience suffisante des actes qu'il accomplit ; à l'inverse un individu âgé de plus de dix-huit ans, mais de moins de vingt-et-un ans, pourra, bien que majeur au regard de la loi pénale, se voir décharger de toute responsabilité civile, s'il a agi sans discernement.

Telles sont les solutions que commande l'application aux mineurs de la doctrine traditionnelle. Cette doctrine, connue sous le nom de théorie subjective, présente d'assez graves inconvénients qui tiennent aux difficultés que ren-

(1) Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée.

contre souvent le demandeur dans l'administration de la preuve de la faute commise par l'auteur du dommage ; spécialement, lorsque ce dernier est un mineur, il adviendra fréquemment que la victime, ne pouvant démontrer qu'il a agi avec discernement, succombéra et ne pourra être indemnisée.

Pour remédier à ces situations choquantes, certains auteurs ont soutenu que la faute n'était pas nécessaire à l'existence de la responsabilité et que celle-ci était suffisamment établie lorsque le demandeur prouvait avoir subi un dommage et que ce dommage était la conséquence de l'activité d'un autre individu.

Cette théorie ou théorie objective, fondée sur la notion de risque créé, connut dès son apparition une grande faveur, due à ce qu'elle évitait l'analyse difficile de l'élément intentionnel de la faute et à ce qu'en facilitant l'indemnisation des victimes, elle procurait le sentiment d'un développement appréciable de la solidarité sociale.

Elle n'est pas cependant elle-même à l'abri de toute critique ; s'il est exact que dans certaines hypothèses elle satisfasse mieux l'équité que la théorie subjective, il n'en va plus de même lorsqu'on la généralise : on ne peut, en effet, rendre toujours responsable celui qui agit pour le seul motif qu'il a agi, ce serait entraver les activités les plus normales et freiner le développement économique ; par ailleurs, comme l'indiquent encore MM. Planiol et Ripert « on ne saurait défendre non plus l'idée de risque en « la présentant comme une application de la grande loi de « solidarité sociale. Pour dire en effet que celui qui nuit à « autrui fait un acte contraire à l'idée de solidarité, il faut « commencer par déduire de cette solidarité la nécessité de

« la réparation, ce qui n'est pas démontré » (1). Remarquons enfin que la théorie objective, en détachant la notion de responsabilité civile de celle de responsabilité morale et en voulant la situer sur un plan différent risque fort de conduire, par l'intermédiaire d'un développement exagéré des clauses de non-garantie et de l'assurance, à la disparition complète des principes de justice et d'équité qui régissent depuis toujours les rapports de l'homme avec ses semblables.

En présence de ces objections et compte tenu surtout des termes formels de l'article 1382 C. civ., la jurisprudence se refusa à consacrer la nouvelle doctrine et maintint l'exigence de faute.

Cependant le mouvement d'idées qu'avait provoqué cette tentative ne demeura pas totalement sans influence ; en imposant une analyse plus approfondie des notions de cause et de dommage et en obligeant le juge à rechercher plus loin dans le passé les actes générateurs du préjudice, il provoqua une aggravation certaine de la responsabilité ; en outre il remit en question le problème de la responsabilité civile de l'enfant et de l'aliéné.

En dépit des termes formels employés par l'article 1382 ce problème reste très débattu, au moins en doctrine, parce qu'il apparaît comme absolument inéquitable de faire peser sur un individu toute la charge du dommage dont il est victime pour cette seule raison que l'auteur en est un enfant ou un aliéné dont on ne peut démontrer qu'il a agi avec discernement.

On devrait admettre, au moins pour partie, la responsabilité pécuniaire des personnes moralement irresponsables

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VI, n° 480, p. 665.

et ainsi répartir plus équitablement le véritable risque social que constitue leur activité.

Une telle solution n'aurait d'ailleurs rien d'absolument nouveau, car elle a déjà été consacrée par d'assez nombreuses législations étrangères (1) ; par ailleurs il semble bien que la jurisprudence contemporaine, en déclarant, parfois, responsables d'une imprudence des mineurs imparfaitement capables de prévoir les conséquences de leurs actes, se soit elle-même engagée dans cette voie ; mais notons qu'à l'inverse il a déjà été jugé que le jeune âge du délinquant, reconnu avoir agi avec discernement constituait une excuse de nature à faire atténuer le montant de l'indemnité.

Sur le plan théorique, une semblable réforme constituerait évidemment un intéressant progrès, mais en pratique elle serait sans portée véritable, car c'est à quoi on ne peut remédier c'est à l'impécuniosité des défendeurs, notamment lorsqu'il s'agit de mineurs.

Très heureusement le législateur a pris conscience de ces insuffisances, il a voulu y remédier et c'est une des raisons pour lesquelles il a organisé la responsabilité du fait d'autrui.

*
* *

2. *La Responsabilité du fait d'autrui :*

Remarquons immédiatement que cette matière n'intéresse directement notre étude que dans des hypothèses assez particulières. Ordinairement, en effet, le mineur n'inter-

(1) Pour le droit anglais : v. JENKS, Digeste, § 760 ; C. civ. autrichien, art. 1308 et s. ; C. civ. portugais, art. 2377 et 2378 ; C. pénal espagnol, art. 19 ; C. civ. allemand, art. 827 à 829 ; C. suisse des obligations, art. 54.

vient dans ce domaine qu'à titre d'intermédiaire (1). Et pour découvrir des situations régies par l'article 1384 dans lesquelles le mineur joue un rôle actif, un rôle de sujet de droit, il faut imaginer le cas où c'est lui qui, étant chef de famille, instituteur privé (2) ou artisan, patron ou commettant, est appelé à répondre sur ses biens du fait de ses enfants, domestiques ou préposés.

A première vue, une semblable règle de droit, qui met ainsi à la charge d'incapables la responsabilité de faits commis par d'autres incapables, ne peut manquer de surprendre. Elle se trouve cependant en parfaite harmonie avec le fondement réel de l'institution.

Selon nous, ce fondement n'est pas, comme on l'affirme généralement la notion de faute présumée (3) ; c'est, bien plus exactement, la nécessité équitable d'assurer l'indem-

(1) Notons cependant que, même dans les hypothèses normales, c'est-à-dire dans celles où les personnes responsables sont des majeurs, il est possible que la responsabilité du mineur soit mise en jeu, la jurisprudence décidant qu'en dépit de l'application de l'article 1384, l'auteur du fait dommageable ne cesse pas d'être personnellement tenu.

V. notamment sur cette question : Req., 9 janvier 1833, S. 1833.1.321 ; Req., 12 novembre 1907, S. 1910.1.498 ; Req., 11 mai 1909, D. 1910.1.47, S. 1910.1.500 ; Civ., 21 juillet 1920, S. 1921.1.317 ; AUBRY et RAU, VI, p. 418 ; PLANIOL et RIPERT, t. VI, n° 656, p. 887.

(2) La loi du 5 avril 1937 (art. 2) en décidant que la responsabilité de l'Etat serait substituée à celle des membres de l'Enseignement public et que l'action exercée par la victime, ses parents ou ses ayants droit, serait dirigée contre le Préfet du département, nous enlève la possibilité d'envisager les cas où un instituteur public mineur de 21 ans pourrait être actionné en justice, sauf recours de l'Etat. V. à ce sujet, thèse PIRON, *La responsabilité civile des Instituteurs* (Loi du 5 avril 1937), Dijon, 1938.

(3) Les difficultés que l'on rencontre, en partant de cette idée, pour fonder la responsabilité des maîtres et commettants du fait de leurs préposés, prouvent suffisamment l'exactitude de cette assertion.

nisation des personnes, victimes des agissements d'individus, ordinairement dépourvus de ressources.

De cette conception il résulte que la responsabilité du fait d'autrui présente véritablement le caractère d'une institution de solidarité sociale, ce qui explique que les règles qui s'y réfèrent soient d'ordre public (1) et comme telles applicables même aux incapables.



Après avoir ainsi rendu compte des motifs qui postulent l'imputabilité aux mineurs de la responsabilité du fait d'autrui, nous ne chercherons pas à entrer plus profondément dans le détail de cette matière car nous serions amené à envisager des questions sans rapport avec la détermination de la personnalité juridique du mineur.

Cependant une question reste à élucider ; c'est la question de savoir si la notion de discernement doit intervenir en matière de responsabilité du fait d'autrui. En d'autres termes, alors que toutes les autres conditions d'application de l'article 1384 se trouvent réunies, un mineur (père, artisan, maître ou commettant) dépourvu de discernement doit-il, ou non être déclaré responsable du fait de ses enfants, apprentis ou préposés ?

Si l'on se reporte à la conception traditionnelle de la responsabilité du fait d'autrui qui est fondée sur l'idée de présomption de faute (notion de faute personnelle prolongée, défaut d'éducation et de surveillance), on doit admettre que les parents, artisans, maîtres ou commettants mineurs sont irresponsables, s'ils sont privés de discernement.

(1) *Répertoire pratique Dalloz*, v^o. *Responsabilité civile*, n^o 693.

Cette théorie rend bien exactement compte de la situation faite aux parents, instituteurs privés et artisans, mais elle est impuissante à expliquer pourquoi les maîtres et commettants restent obligés, même s'ils prouvent n'avoir commis aucune faute.

Afin de remédier à cette lacune certains auteurs ont tenté de faire revivre dans ce domaine la théorie objective et ils ont soutenu que le fondement de la responsabilité des maîtres et commettants doit être recherché non pas dans une présomption de faute, mais dans l'idée de risque ; on doit admettre que lorsqu'un individu croit bon de se faire assister, il accepte non seulement les risques que comporte sa propre activité, mais encore ceux que comporte l'activité de ses ouvriers et employés ; cette responsabilité est l'élément compensateur des profits que l'employeur tire de l'exploitation de son entreprise.

Cette justification de la responsabilité des patrons est, en elle-même, assez satisfaisante, car elle permet d'expliquer deux particularités dont la thèse classique ne pouvait rendre compte : elle explique pourquoi les maîtres et commettants ne sont tenus qu'à raison des préjudices causés par les employés dans l'exercice de leurs fonctions normales et pourquoi ils ne sont tenus que si l'employé, auteur du dommage, est lui-même personnellement responsable.

Mais si on la replace dans son cadre naturel, en d'autres termes si l'on considère que le fondement de la responsabilité du fait d'autrui est différent selon qu'il s'agit des père et mère ou artisans ou des maîtres et commettants, on aboutit rapidement à de flagrants illogismes, que, précisément, la matière de la minorité met en relief.

En effet si l'on admet la théorie objective, on doit décider que le patron mineur est responsable de plein droit du fait

de ses préposés, même s'il est dépourvu de discernement ; mais alors on arrive à ce résultat, un peu surprenant, qu'un même individu, employeur mineur, sera tenu pour responsable ou irresponsable suivant qu'il s'agira d'un fait commis par un de ses préposés ou par un apprenti.

Nous convenons volontiers que la situation est exceptionnelle, car il est rare de rencontrer un mineur, placé à la tête d'une entreprise, dont on puisse dire qu'il manque de discernement ; l'hypothèse cependant est parfaitement concevable, notamment dans les petites industries locales.

A notre sens les incohérences, que nous venons de signaler prouvent assez que l'idée, suivant laquelle la responsabilité du fait d'autrui repose sur une présomption de faute, est artificielle, ou du moins qu'elle ne correspond que pour partie à la réalité des choses. Comme nous l'avons indiqué précédemment, pour nous, la raison profonde, qui a déterminé le législateur à écrire l'article 1384, est une raison d'équité ; il a entendu que les victimes des délits et quasi-délits, commis par des personnes insolvables ne restent pas absolument sans recours ; et la meilleure preuve que l'on puisse donner à l'appui de cette idée que la responsabilité du fait d'autrui est une responsabilité de substitution et non une responsabilité personnelle indirecte ou prolongée, c'est que la personne proclamée responsable par la loi, peut toujours se retourner contre l'auteur du dommage chaque fois que celui-ci est susceptible d'encourir une responsabilité.

Ayant ainsi établi que la notion de présomption de faute ne joue dans toute cette matière qu'un rôle secondaire, qui consiste à justifier en droit une solution qu'impose l'équité, il pourrait apparaître opportun de n'assigner comme fondement à l'article 1384 que le motif de solida-

rité sociale précédemment dégagé : cette conception aurait le grand avantage de fournir une explication uniforme des différentes hypothèses visées par ce texte.

Il ne semble pas cependant que la jurisprudence puisse la consacrer, car en postulant l'adoption de la théorie de la responsabilité sans faute, elle se heurte aux termes formels de l'art. 1384, al. 7, qui dispose : « la responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les pères et mères et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. » (1)

*
**

Ainsi la question de l'application aux personnes irresponsables des présomptions légales de faute ne peut être résolue par une formule absolue.

En tant que ces présomptions reposent sur l'idée de faute présumée, il est certain qu'elles ne peuvent atteindre une personne qui ne peut légalement commettre de faute. Mais dans la mesure où elles constituent une garantie due aux tiers, une application de la théorie du risque, il n'y a aucune raison théorique pour qu'elles ne pèsent pas sur le patrimoine de l'incapable. Seulement comme nous l'avons vu, le départ est extrêmement difficile à faire entre les deux aspects de cette responsabilité.

SECTION II. — La Responsabilité pénale du mineur

La responsabilité pénale, plus encore que la responsabilité civile (dont on peut fournir une conception objective

(1) Relativement aux instituteurs, la loi du 5 avril 1937 complète l'alinéa 7 de l'art. 1384 comme suit : « En ce qui concerne les institu-

soutenable même sur le plan théorique) suppose une volonté intelligente et libre. Par intelligence il faut entendre ici le discernement, c'est-à-dire la faculté de caractériser un acte du point de vue de sa conformité à la loi pénale et par liberté, la faculté de se déterminer soi-même (liberté interne) et d'agir ou de ne pas agir (liberté externe).

L'intelligence et la liberté sont donc des éléments constitutifs de toute infraction ; mais tandis que la seconde ne se conçoit pas sans la première, l'agent qui ne distingue pas le bien du mal ne pouvant choisir entre l'un ou l'autre, l'intelligence peut fort bien exister en l'absence de liberté, au moins en l'absence de liberté externe.

Ces considérations ont incité le législateur à rechercher quelles étaient les circonstances, qui, en privant le délinquant de discernement, faisaient disparaître sa culpabilité ; dans les articles 64 et 66 à 72 du Code pénal, il en a énuméré trois, l'âge, la démence et la contrainte ; mais seule la première, à raison de son caractère naturel et général, a fait l'objet d'un statut minutieux.

Pour régler la situation des mineurs au regard de la loi pénale, deux méthodes s'offrent au législateur : il peut ou bien laisser aux juges de la culpabilité le droit d'examiner dans chaque espèce le discernement du prévenu quelque soit son âge, ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales qui seront nécessairement fausses dans quelques cas particuliers.

Notre droit, comme la plupart des législations étrangères, a toujours consacré la seconde thèse ; mais tandis que la jurisprudence de nos anciens parlements dosait les peines

teurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux, comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées conformément au droit commun par le demandeur à l'instance, »

applicables aux mineurs suivant les divers degrés du développement physique et intellectuel qu'avait distingués le droit romain en matière civile, le Code pénal de 1791 (1^{re} partie, titre V, articles 1 à 4) se contenta de partager la vie humaine en deux périodes fixes : l'une allant jusqu'à 16 ans accomplis, l'autre commençant à cet âge.

Cette division fut reprise et précisée par le Code pénal de 1810. Aux termes des articles 66 à 72 les mineurs de 16 ans pouvaient bien être poursuivis, mais ils étaient couverts par une présomption d'irresponsabilité que seule la preuve de leur discernement pouvait faire tomber ; à l'inverse, ceux que l'on considérait à l'époque comme adultes, c'est-à-dire les majeurs de 16 ans étaient présumés tenus de responsabilité et ils ne pouvaient se soustraire aux rigueurs de la loi que s'ils pouvaient avoir agi sans discernement. Techniquement, le juge saisi d'une poursuite contre un mineur de 16 ans devait obligatoirement se poser la question de discernement ; s'il y répondait affirmativement le délinquant, était condamné à une peine atténuée, au cas contraire le juge pouvait soit acquitter le mineur et le rendre à sa famille, soit ordonner son placement dans une maison de correction. Le tribunal correctionnel était la juridiction normalement compétente, même en matière de crimes (loi du 25 juin 1824, insérée dans l'article 68 lors de la codification de 1832).

Ce système, qui laissait aux magistrats le soin d'apprécier le degré de responsabilité des mineurs, était, au moins du point de vue théorique, assez satisfaisant ; (certains auteurs (1) cependant lui reprochaient de n'avoir pas prévu

(1) Rossi, *Traité de droit pénal*, 4^e éd., 1872, t. I, p. 56 ; ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée*, 1839, t. I, n^{os} 263, 269.

une limite d'âge au-dessous de laquelle l'enfant aurait bénéficié d'une présomption d'irresponsabilité irréfragable).

Mais les résultats pratiques révélés par la grande enquête ordonnée en 1873 par l'Assemblée Nationale et consignés dans le rapport de Félix Voisin furent déplorables : « l'abus
« des courtes peines amenait la contagion de l'enfant par la
« promiscuité des prisons ; le renvoi dans le milieu familial était cause de rechute, les maisons de correction
« étaient souvent des maisons de corruption » (1).

Pour remédier à cette situation et au développement inquiétant de la criminalité juvénile, d'importantes réformes furent apportées au régime en vigueur dès le milieu du XIX^e siècle. C'est ainsi par exemple que se constituèrent dans la pratique des Comités pour la défense des enfants traduits en justice et qu'en législation furent promulguées les lois du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus, du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés, du 19 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants, du 28 juin 1904 (loi Strauss), modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935, sur l'éducation des pupilles difficiles ou vicieux de l'assistance publique, du 12 avril 1906, prolongeant la minorité pénale de 16 à 18 ans, du 11 avril 1908 sur la prostitution des mineurs, du 24 mars 1921 sur le vagabondage des mineurs, etc.

Mais c'est en 1912 que le système du Code fut entièrement refondu.

La loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants

(1) P. GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, 3^e éd., 1937, n° 1302.

et adolescents et la liberté surveillée a eu pour but essentiel de soustraire les mineurs au contact malfaisant des autres délinquants, plus âgés et plus pervers ; dans ce but elle a organisé un système de répression autonome et créé des juridictions spéciales.

Au point de vue des degrés de responsabilité, la loi de 1912 a divisé la vie humaine en trois périodes :

Jusqu'à 13 ans le mineur bénéficie d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité ; s'il n'a commis qu'une contravention et s'il n'est pas en état de récidive, il sera déféré devant le tribunal de simple police, s'est-à-dire devant le juge de paix, celui-ci siégeant dans son cabinet, hors de la présence du public. Si la prévention est établie, ce magistrat ne pourra, en dépit du caractère généralement non intentionnel de l'infraction, prononcer une peine ; il devra se contenter d'adresser au contrevenant et à ses parents une réprimande.

Si le mineur se trouve en état de récidive contraventionnelle ou s'il s'est rendu coupable d'un délit ou d'un crime, il sera traduit devant le tribunal civil en chambre du Conseil. Dans ce cas les infractions commises feront bien l'objet de poursuites, c'est-à-dire d'enquêtes et même d'une instruction préparatoire (art. 4), mais l'enfant ne pourra être condamné ; seules des mesures d'éducation et de surveillance pourront être prises à son égard ; selon les cas le juge pourra soit le rendre à sa famille, soit le placer jusqu'à sa majorité chez une personne digne de confiance ou dans une institution charitable, soit enfin le confier à l'Assistance publique.

Pour les mineurs de 13 à 18 ans la loi prescrit au juge de se poser la question de discernement. Mais tandis que dans l'esprit du Code de 1810, le discernement était une

notion psychologique, la faculté de distinguer le bien du mal, le licite de l'illicite, ce n'est plus actuellement, selon l'expression de Garraud (1), qu'un « moyen de politique criminelle » ; et en fait lorsqu'il y répond le juge se préoccupe moins de déterminer le degré de responsabilité du jeune délinquant que de rechercher s'il est ou non susceptible d'amendement.

Si le mineur est déclaré avoir agi sans discernement, il doit être acquitté ; mais sauf dans le cas où il n'a commis qu'une contravention de simple police, le tribunal pourra prendre à son égard telles mesures de rééducation qu'il jugera utiles : il pourra soit le remettre à ses parents, si ceux-ci présentent des garanties de moralité suffisantes, soit le confier à une personne ou une institution charitable pour une durée pouvant aller jusqu'à sa majorité, soit enfin l'envoyer en colonie pénitentiaire.

Si, au contraire, l'adolescent est déclaré avoir agi avec discernement, il doit être condamné.

Mais alors une distinction intervient : si le délinquant est âgé de 13 à 16 ans il bénéficie d'une excuse légale atténuante, l'excuse de minorité dont les effets sont définis par les articles 67 et 69 du Code pénal.

En ce qui concerne la juridiction compétente, les mineurs de 13 à 16 ans sont déférés devant une juridiction spéciale, créée par la loi de 1912 (art. 18), le tribunal pour enfants et adolescents ; toutefois s'ils ont des coauteurs ou complices plus âgés ils sont traduits devant les tribunaux ordinaires ; quant aux mineurs de 16 à 18 ans, il faut distinguer, s'ils se sont rendus coupables de crimes, ils sont déférés devant la Cour d'Assises, s'ils n'ont commis que

(1) GARRAUD, *op. cit.*, n° 1331, p. 730.

des délits, ils sont justiciables des tribunaux pour enfants et adolescents

A dix-huit ans l'individu atteint l'âge de la majorité pénale et est soumis au régime de droit commun.

★
★ ★

L'analyse que nous avons fournie de la loi de 1912 est trop sommaire pour que nous puissions nous permettre de porter un jugement de valeur sur le régime qu'elle a institué ; notons simplement qu'il prouve qu'un effort méritoire a été accompli par le législateur dans le sens d'une adaptation plus parfaite de la règle de droit au développement de la personnalité juridique du sujet.

APPENDICE

L'EXERCICE CONTRE LE MINEUR DE L'ACTION CIVILE DEVANT LA JURIDICTION REPRESSIVE

Accessoirement aux problèmes de la responsabilité civile et pénale des mineurs, une question reste, au moins en doctrine, très discutée ; c'est la question de savoir si le mineur a besoin d'autorisation ou d'assistance pour défendre à l'action civile devant la juridiction répressive.

Dans le silence de la loi, on est incité à en revenir à l'application des principes généraux et à soumettre le mineur appelé à défendre à une action civile, aux mêmes conditions d'habilitation que pour les autres actions intéressant son patrimoine.

Mais certains auteurs (1) tout en acceptant ces idées ont restreint la nécessité de l'intervention du représentant légal au cas où l'action civile est intentée principalement par voie de citation directe devant la juridiction pénale et ils l'ont écartée lorsqu'elle est exercée accessoirement à l'action publique. Pour justifier cette distinction, ces auteurs ont fait remarquer que si l'on devait toujours mettre en cause le représentant légal on rendrait illusoire l'application de l'article 67 du Code d'instruction criminelle, texte qui auto-

(1) V. notamment AUBRY et RAU, 5^e éd., t. I, § 109, p. 669 et 670, notes 8 et 9.

rise la victime d'une infraction à se constituer partie civile en tout état de cause et jusqu'à la clôture des débats.

La jurisprudence a rejeté en bloc ces deux opinions (1). Il est normal qu'elle ait repoussé la seconde, car l'article 67 C. i. c., en dépit de la généralité de ses termes constitue une base beaucoup trop fragile, pour que l'on puisse, surtout par voie d'interprétation, lui subordonner un texte de principe, tel que l'article 450 C. civ.

Mais à l'inverse, il est plus difficile d'expliquer pourquoi elle a repoussé la première opinion : les tribunaux pour écarter le retour aux principes généraux, dont l'application serait très malcommode, ont soutenu que l'action civile portée devant la juridiction répressive était un accessoire de l'action publique et que du moment où l'action principale pouvait être dirigée contre l'incapable non assisté, il devait en être de même pour l'action secondaire.

Ce raisonnement est inexact, car si l'action civile trouve bien sa source dans une infraction pénale, elle n'est que partiellement soumise aux dispositions de la procédure criminelle ; elle obéit à des règles qui lui sont propres, tant au point de vue de ses conditions d'existence que de sa mise en mouvement. C'est ainsi notamment que l'action civile survit à l'amnistie, bien que le caractère délictueux de l'acte soit effacé et l'action publique éteinte.

De son côté Demolombe (2) avait soutenu qu'il serait illogique de ne pas exiger la présence du protecteur de l'incapable pour la défense à l'action publique, alors que

(1) Cass., 15 janvier 1846, S. 46.1.489 ; Cass., 9 mai 1846, S. 46.1.844 ; Cass., 29 mars 1849, S. 50.1.77 ; Cass. crim., 22 février 1896, S. 1898.1.377, note ROUX ; Trib. Seine, 22 décembre 1896 et Rennes, 22 décembre 1897, S. 1898.2.220.

(2) DEMOLOMBE, *Traité de la Minorité*, t. I, n° 804, 2° et 3°.

ce sont sa liberté et son honneur qui sont en jeu et de l'imposer pour la défense à l'action civile qui ne menace que ses biens. Mais ces arguments ne sont pas convaincants, car ils ne tendent à rien moins qu'à provoquer la suppression de la protection des incapables en matière civile et à l'instaurer en matière pénale.

La véritable justification de l'attitude jurisprudentielle, justification que les tribunaux eux-mêmes n'ont su exprimer clairement, doit être recherchée dans les raisons qui ont fait écarter l'assistance des incapables lors de leur comparution en justice. Et en définitive, s'il appartient au mineur de défendre personnellement tant à l'action publique qu'à l'action civile, c'est parcequ'il est indispensable que son droit naturel de défense reste intact, ce à quoi on ne pourrait parvenir si l'on soumettait l'exercice de l'action civile aux règles générales.

CHAPITRE VII

LE MINEUR ET LES QUESTIONS DE NATIONALITÉ

Les textes relatifs à la nationalité après avoir fait l'objet d'une refonte complète en 1927 ont été à nouveau remaniés par les décrets-lois du 12 novembre et du 10 décembre 1938 et plus récemment encore par la loi du 16 juillet 1940, le décret-loi du 29 juillet 1939 (art. 106) et les lois du 22 juillet et du 23 juillet 1940 (1). Mais tandis que la loi du 10 août 1927 réalisait véritablement une réforme en profondeur, les textes subséquents n'ont apporté au régime en vigueur, sauf en matière de naturalisation et de mariage, que des modifications de détail et d'opportunité.

Nous avons cru utile d'envisager, au moins rapidement ces questions parcequ'il apparaît que le législateur, notamment en 1927, n'a pas craint, en dépit de l'extrême gravité des décisions à prendre, d'accorder aux mineurs de larges pouvoirs de détermination.

Pour mettre en relief cet aspect assez particulier du problème nous envisagerons successivement les questions de la répudiation, de la réclamation, de la naturalisation, de

(1) Loi du 16 juillet 1940, relative à la procédure de la déchéance de la qualité de Français (*Journal officiel* du 17 juillet 1940). Loi du 22 juillet 1940, relative à la révision des naturalisations (*J. O.* du 23 juillet 1940). Loi du 23 juillet 1940, relative à la déchéance de la nationalité à l'égard des Français qui ont quitté la France (*J. O.* du 24 juillet 1940).

la perte et enfin de la réintégration dans la nationalité française.

1° *La Répudiation de la nationalité française :*

L'article 2, al. 1 et 2 de la loi du 10 août 1927 dispose que l'enfant, né en France de parents étrangers et dont la mère était elle-même déjà née en France, est français, sauf la faculté de répudier cette qualité dans l'année qui suivra sa majorité, celle-ci étant comprise telle qu'elle est réglée par la loi française. Mais pour des raisons purement démographiques le législateur a entendu réduire le plus possible cette faculté de répudiation et dans ce but, il a décidé notamment qu'elle disparaîtrait s'il y était renoncé pendant la minorité de l'enfant.

La réglementation de cette renonciation nous met en présence d'un régime très original que la loi de 1927 a d'ailleurs reproduit dans diverses autres hypothèses, particulièrement en matière de réclamation (art. 2 - b), de naturalisation (art. 6 - 3°) et de réintégration dans la nationalité française (art. 11, al. 1) ; ce régime marque un progrès certain sur le système antérieur tel qu'il résultait de l'art. 20, al. 2 C. civ., texte qui décidait que pendant toute la minorité le représentant du mineur pouvait, de son propre chef, renoncer, au nom de ce dernier, à la faculté de décliner la qualité de français. Ce pouvoir présentait un caractère si exorbitant que le législateur de 1927, en dépit de son désir de restreindre le plus possible cette faculté ne craignit pas d'abroger la disposition de l'art. 20.

Il lui a substitué un régime beaucoup plus nuancé, qui tient compte de la nature très particulière de la décision à prendre et qui marque un nouveau pas dans le sens de l'extension des pouvoirs personnels des mineurs.

Le système nouveau qui est prévu par l'article 3 - 2°, distingue deux périodes au cours de la minorité : si l'intéressé à moins de seize ans, la loi ne lui reconnaît pas qualité pour renoncer lui-même à la faculté de répudier, c'est à son représentant légal qu'il appartient d'agir ; ainsi dans cette première hypothèse la loi de 1927 a repris les dispositions de l'art. 20 C. civ. ; cette attitude peut sans doute s'expliquer par les considérations démographiques signalées plus haut, il y a néanmoins là quelque chose de très grave, et constater, comme le fait M. P. Louis Lucas (1), que la nationalité originaire est le plus souvent imposée et qu'à cet égard le mineur de seize ans, bien que privé de son droit d'option, se trouve en somme replacé dans une situation normale, ne nous paraît pas être une justification suffisante.

A partir de seize ans le mineur, avec l'autorisation de certaines personnes, pourra lui-même renoncer à la faculté de répudier la nationalité française (2). Ces personnes sont, aux termes mêmes de l'art. 3 « le parent investi de la puissance paternelle » ou le cas échéant le tuteur assisté du conseil de famille. Bien évidemment il faut entendre les mots « parent investi de la puissance paternelle » d'après les règles françaises. Mais il se peut que la puissance paternelle soit répartie entre les deux parents de l'enfant, l'un s'occupant de sa personne, l'autre de ses biens ; sans doute, en principe, garde et administration légale, notamment au cas de divorce des parents sont concentrées dans les mêmes mains ; mais il n'en est pas toujours ainsi, on peut alors se

(1) P. Louis LUCAS, *La Nationalité française, Droit positif et conflits de lois*, 1929, p. 63 *in fine* et 64.

(2) L'intéressé possède le droit d'option entre 21 et 22 ans ; à partir de 21 ans il pourra, puisqu'il est majeur, renoncer sans aucune assistance à son droit de décliner la nationalité française.

demander quel sera celui qui aura qualité pour autoriser le mineur à agir ? Nous pensons avec M. Julliot de la Morandière (1) que cette mission incombe à celui qui a la garde de l'enfant, parce que c'est cette garde qui permet d'élever l'enfant dans un esprit bien français, considération décisive au point de vue de la nationalité.

Pour finir, nous soulignerons d'un mot seulement que c'est une fois encore l'âge de seize ans que le législateur a choisi pour formuler certaines présomptions de discernement ; il nous appartiendra en concluant de tirer à cette concordance les enseignements qui s'imposent.

2° *La Réclamation de la nationalité française :*

Aux termes de l'art. 3 de la loi de 1927, l'enfant né en France de parents étrangers et y étant domicilié peut au cours de sa minorité acquérir la nationalité française à titre originaire au moyen d'une réclamation. Cette réclamation peut être soit expresse, soit tacite (elle résulte alors de la participation volontaire aux opérations de recrutement de l'armée et ne peut donc concerner que les personnes du sexe masculin).

La réclamation expresse, seule forme qui nous intéresse ici, doit, pour être valable, satisfaire à quatre conditions : elle doit être formulée par un individu âgé de moins de 21 ans, le réclamant doit être régulièrement représenté ou assisté, il doit être domicilié en France et ne pas être sous le coup d'un arrêté d'expulsion ou d'un arrêté d'assignation à résidence, enfin il doit être autorisé par l'autorité

(1) Les Répétitions écrites de *Droit international privé* rédigées d'après le Cours de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, éd. « Les Cours de Droit », 1939-1940, p. 191 *in fine*.

administrative à séjourner en France pour une durée de plus d'un an.

La condition de minorité, conçue selon la loi française, est toute naturelle puisqu'à 21 ans l'individu qui se trouve dans la situation visée par l'art. 3 devient automatiquement français par application de l'art. 4.

A propos de la seconde condition le législateur a repris et développé la distinction opérée par l'art. 2, 2^o, b, entre mineurs et majeurs de 16 ans et comme en matière de renonciation à la faculté de répudier la nationalité française, si l'intéressé a moins de seize ans la réclamation sera l'œuvre de son représentant légal, si au contraire il a plus de seize ans il lui appartiendra, après avoir obtenu l'autorisation nécessaire, de faire lui-même la déclaration requise.

Notons, qu'ici encore, la représentation ou l'habilitation du mineur sont organisées d'après la loi française ; mais tandis que cela était parfaitement légitime en matière de répudiation, puisque l'intéressé était français et marquait sa volonté de le demeurer, il y a dans l'hypothèse présente, comme le remarque M. P. Louis Lucas (1), « une méconnaissance évidente de la règle de droit international privé admise par le droit français lui-même dans l'art. 3, al. 3 C. civ., selon laquelle la loi compétente pour régir les questions d'état et de capacité est la loi personnelle des intéressés ». Et cependant, toujours pour ce même auteur, cet illogisme juridique s'explique ; il s'explique non pas en faisant appel au caractère d'ordre public de la législation sur la nationalité (puisque l'état qui englobe la nationalité, et la capacité des personnes ne peuvent sur le plan international être régis que par la loi personnelle des intéressés.

(1) P. Louis LUCAS, *op. cit.*, p. 77.

Art. 3 C. civ.), mais par des considérations pratiques : on ne peut songer en effet en pareille matière à faire jouer la loi personnelle car on serait amené à appliquer autant de régimes différents qu'il y a de réclamants appartenant à des nationalités différentes. En outre, comme le remarque M. P. Louis Lucas (1) « si l'intéressé est encore étranger il est à la veille sans doute d'être français puisqu'il réclame la nationalité française. Ce n'est donc pas une grave méconnaissance des principes que d'anticiper un peu et de le traiter déjà en français ».

Mais en dehors de cette question purement doctrinale des difficultés pratiques peuvent surgir. Il en ira ainsi notamment lorsque le parent investi de la puissance paternelle, qui est au premier chef qualifié pour agir, ne pouvant représenter ou habiliter le mineur la mission en incombera au tuteur assisté du conseil de famille. Dans ce cas, en effet, comme il s'agit d'un étranger il est concevable que jusqu'alors la tutelle n'ait pas été organisée, la capacité de l'intéressé ayant été régie par sa loi nationale ; il faudra donc désigner un tuteur et constituer un conseil de famille d'après les règles françaises.

Notons encore que la loi, pas plus dans le cas de renonciation à la faculté de répudier que dans le cas de réclamation de la nationalité française, n'a envisagé la situation du mineur émancipé. En ce qui le concerne, l'application des règles de droit commun devrait nous conduire à décider qu'il peut agir seul ; cette interprétation serait conforme au but que s'était fixé le législateur de 1927, puisqu'elle faciliterait l'acquisition définitive de la qualité de français ; elle n'a cependant pas été adoptée par la circulaire ministérielle

(1) P. LOUIS LUCAS. *op. cit.*, p. 78.

interprétative du 14 août 1927 ; ce texte décide en effet qu' « en cas d'émancipation, le mineur doit être autorisé simplement par son conseil de famille, sans assistance du curateur » : solution très contestable puisqu'elle soumet sensiblement le mineur émancipé au même régime que le mineur ordinaire âgé de seize ans.

La condition de domicile qui est imposée au mineur réclamant la nationalité française, bien que ne présentant pas pour la suite de nos développements un grand intérêt, appelle cependant quelques commentaires.

La notion de domicile qui est visée ici est nécessairement la notion française ; mais est-ce la notion de domicile général, telle qu'elle est définie par les articles 102 et suivants du Code civil, ou est-ce au contraire une notion particulière, comme on en rencontre en droit administratif ou en droit fiscal ? Les discussions qu'a suscité la question de savoir si les étrangers pouvaient vraiment avoir un domicile légal en France, les hésitations de la jurisprudence (1) et les obscurités de la législation (2) donnent à penser que le domicile nécessaire, notamment en matière de réclamation de la nationalité française, correspond à une notion très spéciale de domicile, notion sans caractères juridiques rigoureux, très analogue à la notion de résidence habituelle.

Par ailleurs, comme il s'agit d'un mineur qui normalement est placé sous la puissance d'une autre personne, on devra tenir compte dans l'appréciation de la validité du

(1) Voir Cass. civ., 12 janvier 1869, D. 1869.1.294 ; Cass. civ., 8 mars 1909, D. 1909.1.305, qui refusent aux étrangers d'avoir en France un domicile de droit et en sens inverse : Besançon, 10 avril 1933, D. 1934.2.89 ; Cass. civ., 19 juin 1939, D. 1939.1.97.

(2) Voir notamment sur ce point l'assimilation très critiquable que le décret-loi du 12 novembre 1938 fait entre le domicile et la résidence,

domicile du réclamant des conditions dans lesquelles cette personne, détentrice de la puissance paternelle, est elle-même domiciliée puisqu'en principe les mineurs ont leur domicile légal chez leurs parents ou ceux qui en tiennent lieu. Mais en matière de nationalité cette considération ne doit cependant pas être décisive ; en effet, si la personne qui a le mineur sous sa garde a son domicile en France, on ne peut décider *ipso facto* et pour autant que le mineur est également domicilié en France au sens de l'article 3, I. 1927, car il est possible qu'il n'habite pas effectivement chez elle et qu'il n'ait avec la France qu'une attache purement fictive. En sens inverse si le domicile de la personne qui a la garde du mineur est à l'étranger, ce n'est pas une raison pour dire que ce mineur n'est pas domicilié en France, s'il y a effectivement sa résidence habituelle.

Ainsi cette résidence habituelle et personnelle du mineur suffit pour qu'il se trouve remplir les conditions de la loi.

La dernière condition imposée au mineur qui veut réclamer la nationalité française résulte du décret-loi du 12 novembre 1938. Ce texte qui frappe les étrangers d'une véritable incapacité décide que ceux-ci ne peuvent bénéficier des droits dont l'acquisition est subordonnée à des conditions de domicile et de résidence que s'ils sont autorisés par l'autorité administrative à séjourner en France pour une durée supérieure à un an. En édictant cette mesure les auteurs du décret-loi avaient surtout en vue le mariage des étrangers. Pour se marier en France il faut remplir certaines conditions de domicile ou de résidence, au moins d'un mois ; le décret-loi a voulu que les étrangers ne puissent se marier que s'ils avaient été autorisés à séjourner en France pendant un an au moins ; c'est en effet la date de délivrance de

la carte de séjour pour un an qui fait courir le délai de domicile ou de résidence exigé.

Mais il existe bon nombre d'autres droits pour lesquels il faut justifier d'un domicile ou d'une résidence en France, notamment, ainsi que nous l'avons vu, en matière de nationalité. La question s'est alors posée de savoir si les dispositions du décret-loi du 12 novembre 1938 pouvaient s'appliquer à ce domaine et si en particulier un mineur qui se trouve en France, mais qui n'a pas la carte avec le permis de séjour pour plus d'un an peut se prévaloir de l'article 3, l. 1927.

Pour certains auteurs, comme M. Niboyet (1), les dispositions du décret-loi de 1938 ne peuvent, malgré leur caractère certain de généralité, concerner l'application des lois sur la nationalité ; ils estiment que ces questions sont trop importantes pour pouvoir être ainsi modifiées par un décret d'inspiration policière qui n'a eu pour but que de renforcer le contrôle gouvernemental des étrangers.

Pour d'autres, dont M. Julliot de la Morandière (2), la généralité des termes du texte et l'esprit qui l'a inspiré, qui est la protection de la France et des intérêts français contre des étrangers indésirables, commandent son application en matière de nationalité. C'est d'ailleurs l'avis du Gouvernement et de la chancellerie. L'art. 4 du décret du 10 août 1927 tel qu'il a été modifié par le décret du 10 décembre 1938 décide, en effet, qu'en cas de déclaration souscrite pour acquérir la qualité de Français l'intéressé justifie dans les formes prévues par l'article 3 du décret du 12 novembre 1938 que son domicile en France répond aux conditions

(1) NIBOYET, *Traité de Droit international privé*. Addendum.

(2) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, p. 190.

exigées par les articles 1 et 2 de ce décret. A notre connaissance, la question n'a pas encore été soumise aux tribunaux.

Notons pour finir une dernière difficulté à laquelle peut donner lieu l'application aux étrangers mineurs des articles 1 et 3 du décret-loi du 12 novembre 1938. Cette difficulté résulte des termes de l'art. 1 du décret du 14 mai 1938; d'après ce texte les étrangers âgés de moins de quinze ans ne sont pas tenus de demander une carte d'identité (il n'est d'exception que pour les jeunes étrangers rentrant dans la catégorie « travailleurs »); ils devraient donc pouvoir invoquer, tant qu'ils n'ont pas atteint cet âge, le bénéfice de leur domicile ou de leur résidence en France, sans formalités. Le législateur en a décidé autrement et l'art. 2 du décret-loi du 12 novembre 1938 dispose qu'ils ne pourront bénéficier des droits visés à l'article 1^{er} que si leur représentant légal au cas où il serait lui-même étranger, remplit personnellement les conditions exigées par ledit article. Or nous avons montré précédemment que la considération du domicile de la personne, titulaire de la puissance paternelle ne devait pas être un élément décisif dans l'appréciation de la manière dont le mineur remplissait les conditions de résidence ou de domicile exigées par la loi. Une mise au point de la législation dans ce domaine apparaît donc comme particulièrement souhaitable.

3° La Naturalisation française :

La loi du 10 août 1927 a organisé deux régimes de la naturalisation française : un régime de droit commun et un régime exceptionnel qui comporte lui-même plusieurs modalités.

1. *Régime de droit commun* : Sous l'empire de la loi du 26 juin 1889 (art. 8, 5°, C. civ.) l'étranger qui deman-

daît à être naturalisé devait pouvoir justifier d'une résidence non interrompue en France d'au moins dix années ; de plus et bien qu'aucun texte ne vint le préciser, on admettait que la naturalisation n'était possible qu'à partir de 21 ans.

La loi de 1927, très libérale, ramena à trois années la durée du stage exigé, se réservant, en contrepartie, le droit de surveiller la conduite du nouveau français, pendant 10 ans après son accession à cette qualité ; en outre elle autorisa le postulant régulièrement habilité, à formuler sa demande dès l'âge de 18 ans. A propos de l'habilitation ainsi exigée, l'art. 6, 3°, s'est d'ailleurs borné à renvoyer au régime déjà étudié de l'art. 3, 2° ; le mineur ayant par hypothèse plus de 16 ans agira lui-même, mais il devra au préalable avoir obtenu l'autorisation de son « représentant légal » dit la loi et nous précisons, de la personne sous la garde de laquelle il est placé ou de son conseil de famille.

Cet abaissement très sensible de la condition d'âge est sans doute satisfaisante du point de vue national, puisqu'elle permet à des individus jeunes et possédant encore de larges facultés d'assimilation d'acquérir la nationalité française ; mais il ne l'est aucunement sur le plan international, car de nombreux états et la France elle-même ne permettent à leurs nationaux de se faire naturaliser que s'ils sont majeurs ; il y a là une discordance qui est la source de nombreux conflits positifs de nationalités.

A ces deux conditions d'âge et de stage, le décret-loi du 12 novembre 1938 est venu ajouter la condition d'autorisation de séjour étudiée plus haut : l'étranger qui voudra obtenir sa naturalisation devra prouver au moment où il formulera sa demande qu'il a été autorisé à séjourner en France pendant une durée supérieure à un an.

2. *Les régimes exceptionnels* : Le premier régime d'exception destiné à faciliter la naturalisation de certaines personnes ayant des attaches avec la France (1) présente comme avantage essentiel la réduction du stage à une année, mais il laisse inchangée la condition d'âge et de ce fait ne nous intéresse pas directement.

Le second qui vise les individus ayant du sang français est encore plus libéral, car il permet d'obtenir la naturalisation sans condition d'âge, ni de stage. Il s'applique spécialement à l'enfant naturel dont l'auteur, qui n'a pu lui conférer sa propre nationalité, est français, à l'enfant légitime né d'une mère française à l'étranger, aux enfants nés en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de français, l'autre étant étranger et enfin aux personnes descendant des familles proscrites par la révocation de l'édit de Nantes, et les personnes adoptées par un Français (2). Sont encore naturalisés sans condition d'âge la femme et les enfants mineurs déjà mariés du naturalisé.

Mais du point de vue spécial qui nous occupe, dans toutes les hypothèses visées précédemment et qui permettent, par faveur, d'obtenir la naturalisation française sans condition d'âge, ni de stage, le législateur a eu soin de rappeler (art. 6, 3°, al. 2) que si la demande concernait un mineur, elle serait faite par son représentant légal s'il avait moins de

(1) Il s'agit essentiellement d'individus ayant rendu service à la France, y ayant apporté des talents distingués, ayant obtenu des diplômes dans les Facultés françaises, ayant introduit des industries nouvelles et utiles, créé des exploitations agricoles ou servi dans les armées françaises ou alliées, individus ayant épousé une personne française ou nés en France et n'étant venu s'y installer qu'après leur majorité.

(2) Cette dernière catégorie, « personnes adoptées par un français », a été ajoutée à l'art. 6, 3° par la loi du 25 juin 1937 (*J. Off.* du 27 juin 1937).

16 ans et par l'intéressé lui-même dûment autorisé, s'il avait atteint cet âge (1).

4° *La Perte de la Nationalité française :*

La perte de la nationalité française peut intervenir dans deux séries de cas bien distinctes. Dans la première, elle résulte soit de la possession, soit de l'acquisition d'une nationalité étrangère ; dans la seconde elle intervient à titre de peine. Mais tandis que la mesure qui frappe ainsi certains individus apparaît, sur le plan international, comme parfaitement légitime dans la première hypothèse, puisqu'elle résout de nombreux conflits positifs de nationalités, elle constitue, lorsqu'elle est prononcée à titre de peine, un mode de législation incorrect car elle tend à multiplier les cas d'apatridie.

1. Sous l'empire de la loi de 1927, les cas de perte de la nationalité française résultant de l'acquisition d'une nationalité étrangère étaient au nombre de cinq.

Perdaient la nationalité française :

1° Le français, même mineur, qui possédant par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, était autorisé sur sa demande par le gouvernement français, à la conserver (art. 9, 3°).

2° Le français qui avait répudié la nationalité française dans le cas prévu à l'article 2 (2) (art. 9, 2°).

(1) Du point de vue procédural, l'art. 1 al. 2 du décret du 10 août 1927 précise que « lorsque l'intéressé est âgé de moins de 21 ans, sa requête doit être contresignée par le parent investi de la puissance paternelle. En cas de décès de ses père et mère ou d'impossibilité matérielle ou légale de rapporter leur consentement, l'impétrant doit produire l'avis de son conseil de famille ».

(2) Voir *supra*, p. 195.

3° Le français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquerrait, sur sa demande une nationalité étrangère, après l'âge de 21 ans (art. 9, 1°).

4° La femme française épousant un étranger, soit qu'elle ait déclaré expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier (art. 8, al. 2), soit que les époux aient fixé leur premier domicile hors de France, si la femme acquiert nécessairement la nationalité du mari, en vertu de la loi nationale de ce dernier (art. 8, al. 3).

5° Les français faisant l'objet d'une annexion territoriale au détriment de la France.

A ces textes le décret-loi du 12 novembre 1938 a substitué des dispositions sensiblement différentes : les hypothèses décrites sous les numéros 2, 3 et 5 restent inchangées. Dans le cas prévu par l'art. 9, 3°, cas du français possédant une nationalité étrangère, le membre de phrase « sans manifestation de volonté de sa part » a disparu de la nouvelle rédaction (1). En ce qui concerne la perte de la natio-

(1) Dans la rédaction primitive de la loi de 1927 ce cas de perte de la nationalité française ne s'appliquait pas aux naturalisés à l'étranger, ni à ceux qui avaient acquis une nationalité étrangère par réclamation ; ces individus étaient régis par l'art. 9-1°. Mais des difficultés s'étaient élevées sur le point de savoir si le texte pouvait être invoqué par des individus devenus étrangers sans réclamation expresse de leur part, par l'effet de la loi, mais auxquels la loi étrangère réservait une faculté d'option. Ne pouvait-on pas dire que n'ayant pas répudié cette nationalité étrangère, il y avait eu manifestation tacite de leur volonté, ils avaient été eux-mêmes les artisans du cumul de nationalités. Mais ces individus ne perdaient pas la nationalité française en vertu de l'art. 9-1°, si on ne leur permettait pas d'user de l'art. 9-3°, ils n'avaient donc aucun moyen d'échapper au cumul de nationalités. Le décret-loi du 12 novembre 1938 a remédié à cet inconvénient et désormais, grâce à la nouvelle rédaction de l'art. 9-3°, toutes les fois qu'il y aura cumul de

nalité française résultant pour la femme de son mariage avec un étranger le régime est simplifié ; le nouvel article 8 *bis* dispose que « la femme française qui épouse un étranger conserve la nationalité française, à moins que par déclaration souscrite avant la célébration du mariage elle ne déclare expressément vouloir acquérir, en conformité des dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier » et l'art. 9, al. 4, nouveau précise que cette perte de la nationalité française interviendra même si la femme est mineure. Ainsi le cas où la perte de la nationalité française résultait de la volonté présumée des deux époux (art. 8, al. 3 ancien) a disparu.

Du point de vue spécial qui nous occupe, on doit remarquer que les dispositions, étudiées plus haut, ne présentent aucun caractère uniforme. En effet pour que la perte de la nationalité française se produise, tantôt la majorité de 21 ans est requise (art. 9, 1°), tantôt elle ne l'est pas (art. 9, 2°, 3°, 4°). Bien évidemment dans les cas où elle ne l'est pas, les intéressés, lorsqu'ils seront mineurs, devront être habilités ou représentés dans les conditions prévues par l'art. 3, 2°, sur lesquelles nous ne revenons pas (1).

Notons néanmoins, en ce qui concerne le mariage d'une française mineure avec un étranger que certaines difficultés peuvent se présenter.

Observons tout d'abord que la française peut contracter mariage dès l'âge de 15 ans ; or jusqu'à 16 ans, aux termes de l'art. 3, 2°, le mineur ne peut agir lui-même, il doit être représenté. Doit-on décider, dans ces conditions, que

nationalités, quelle qu'en soit la source, si la perte de la nationalité française n'a pas lieu pour une autre cause (art. 9-1° par exemple), ce texte pourra être invoqué.

(1) V. *supra*, p. 196.

la déclaration prévue par l'art. 8 *bis* nouveau par laquelle la femme demande à acquérir la nationalité de son mari, sera souscrite par les représentants légaux de la femme ? Evidemment non, il y aurait là une situation choquante, puisqu'aussi bien l'acte générateur de la perte de nationalité est le mariage pour lequel la représentation n'est pas concevable. Ainsi doit-on décider, bien que l'art. 8 *bis* nouveau ne s'en explique pas formellement, que dans cette hypothèse il est dérogé à la règle de l'art. 3, 2° et que dès 15 ans la femme française peut personnellement et valablement demander à acquérir la nationalité de son mari. Cependant elle ne peut pas agir pour autant d'une manière absolument libre, et pour accomplir cet acte très grave elle doit être assistée comme le majeur de 16 ans. Mais par qui sera-t-elle assistée, Si l'on s'en rapporte à l'art. 3, 2°, cette assistance doit lui être donnée soit par le parent investi de la puissance paternelle, soit par le tuteur après avis du Conseil de famille. Mais ce système, notamment au cas où la tutelle sera organisée, risque d'aboutir à des résultats peu heureux ; et pour éviter les désaccords qui pourraient se faire jour si l'on confie à deux autorités différentes le soin d'autoriser la mineure à changer de nationalité et de consentir à son mariage, on pourrait, à l'imitation de ce qui a lieu en matière de contrat de mariage (1), (art. 1398 C. civ.) décider que ce sont les personnes qualifiées pour donner leur consentement au mariage, qui auront également qualité pour autoriser la femme mineure à réclamer la nationalité de son mari.

2. La perte de la nationalité française à titre de peine. En dehors de l'hypothèse de commerce ou de possession d'esclaves, prévue par le décret du 27 avril 1848 et qui ne

..(1) V. *supra*, p.

présente plus guère d'importance pratique de nos jours, la perte de la nationalité française à titre de peine était attachée sous l'empire de la loi du 10 août 1927 à deux ordres de faits : l'emploi dans un service public étranger, art. 9, 4° et le défaut de loyalisme de la part des individus devenus français sur leur demande ; l'art. 9, 5° précisait que le défaut de loyalisme était caractérisé soit lorsque l'individu avait accompli des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat français, soit lorsqu'il s'était livré au profit d'un pays étranger, à des actes incompatibles avec la qualité de citoyens français et contraires aux intérêts de la France, soit lorsqu'il s'était soustrait aux obligations des lois de recrutement.

La procédure de déchéance, visée par l'art. 10, était une procédure judiciaire ; l'action était intentée sur la demande du ministre de la Justice, par le ministère public devant le tribunal civil du domicile ou à défaut de la résidence de l'intéressé.

Le décret-loi du 12 novembre 1938 qui a incontestablement marqué un changement dans notre politique de la nationalité a modifié assez profondément ce système : il a prévu deux nouveaux cas de déchéance, le premier s'appliquant aux individus possédant la nationalité française à titre originaire, le second à ceux qui sont devenus français sur leur demande ou sur celle de leurs représentants légaux ; il a élargi la notion de défaut de loyalisme, enfin il a substitué à la procédure judiciaire organisée par l'art. 10 ancien une procédure administrative.

L'article 9, 6° nouveau dispose que le français qui possède la nationalité d'un pays étranger dont il se comporte en fait comme le national est déclaré avoir perdu la nationalité française ; dans cette hypothèse le fait générateur de

la déchéance est donc l'attitude de l'individu, attitude qui est jugée incompatible avec la qualité de français ; il ne nous semble pas, en effet, que l'on puisse rattacher cette situation à celle qui est prévue par l'art. 9, 3°, en faisant appel à la notion de volonté présumée : dans les deux cas il s'agit bien de français, possédant en outre une nationalité étrangère, mais tandis que l'individu visé par l'art. 9, 3° demande à conserver cette nationalité étrangère seule et peut y être autorisé par le Gouvernement français, qui ce faisant lui accorde une faveur, l'individu visé par l'art. 9, 6° ne manifeste nullement la volonté de régulariser sa situation et de faire disparaître le conflit positif de nationalités dont il est l'objet ; le législateur ne peut donc présumer cette volonté et en réalité s'il lui retire la nationalité française c'est bien parcequ'il a eu une attitude incorrecte aux regards de la France ; il y a là véritablement une « déchéance » bien que le nouveau texte n'emploie pas le mot.

En ce qui concerne les personnes devenues françaises sur leur demande ou sur celle de leurs représentants légaux, le décret-loi de 1938 a décidé qu'elles pourraient être déchues de la nationalité française « pour avoir, en France ou à l'étranger, commis un crime ou un délit ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins une année d'emprisonnement ». Cette disposition, qui a trouvé place dans le nouvel article 10 à la suite de l'énumération des faits caractéristiques du défaut de loyalisme, doit plutôt être considérée comme constituant un défaut de dignité ; pratiquement il s'agira de naturalisés, il apparaît que ces individus n'étaient pas dignes de la confiance que la France avait placée en eux, il est donc tout naturel qu'elle leur

retire la qualité de français qu'elle leur avait accordée à tort.

Ainsi que nous l'avons annoncé plus haut, le décret-loi de 1938 a encore élargi la notion de défaut de loyalisme ; tandis que l'art. 9, 5° *a* de la loi de 1927 prévoyait que la déchéance pouvait être encourue « pour avoir accompli des actes contraires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat français », l'art. 10, 1° nouveau ajoute que la déchéance pourra également être encourue pour avoir accompli des « actes contraires à l'ordre public » ou au fonctionnement des institutions de l'Etat, termes infiniment plus larges et qui permettront de sanctionner des catégories d'agissements nuisibles à la France qui échappaient d'autant plus facilement à la répression que la procédure de déchéance était de caractère judiciaire.

Citons enfin la loi du 23 juillet 1940 (1) qui décide que les Français qui ont quitté le territoire métropolitain entre le 10 mai et le 30 juin 1940 sans ordre de mission régulier ou sans motif légitime seront regardés comme ayant entendu se soustraire aux charges et aux devoirs qui incombent aux membres de la communauté nationale et seront en conséquence déchus de la nationalité française.

Ainsi nous avons assisté au cours de ces dernières années, sous la pression des nécessités politiques à une extension toujours plus grande du champ d'application de la déchéance de la nationalité française ; et cependant cette matière ne nous offre aucun exemple de disposition originale relative à la capacité des mineurs. Tout au plus pouvons-nous noter l'existence d'une divergence de vues qui s'est fait jour entre la doctrine et la jurisprudence à propos

(1) *Journal officiel* du 24 juillet 1940, p. 4569.

du cas de déchéance pour emploi dans un service public étranger. La loi ne subordonne à aucune condition d'âge ou de capacité la déchéance pour emploi dans un service public étranger ; ce silence doit être motivé, ainsi que l'écrit M. P.-Louis Lucas, par ce fait qu' « il serait peu opportun de lier à l'avance le gouvernement par l'exigence d'une capacité déterminée, qui lorsqu'elle ferait défaut empêcherait, quelque soit la gravité de la situation, de faire jouer la déchéance » (1). La jurisprudence, en dépit de cette considération a cru cependant pouvoir prendre parti et elle a décidé que la capacité civile devait être exigée (2). Cette solution est très contestable, puisqu'il s'agit en l'espèce plus d'une sanction de caractère pénal que d'une sanction civile et plus d'une question de discernement que d'une question de capacité juridique.

5° *La réintégration dans la nationalité française :*

La réintégration est le fait pour un ancien français de récupérer cette qualité qu'il avait perdue. Au lieu de lui imposer de suivre le chemin un peu long de la naturalisation, on lui facilite le recouvrement de la nationalité française. Il y a une réintégration de droit commun et des réintégrations spéciales. Nous n'étudierons pas ces dernières car elles concernent soit la situation de la femme qui a perdu la qualité de française par son mariage (3) et ce ne sont que des mesures transitoires, soit la situation des Alsaciens-Lorrains au lendemain du traité de Versailles.

(1) P. Louis LUCAS, *op. cit.*, p. 259.

(2) Cass., Req., 5 décembre 1917 et 25 juin 1918 ; Cass. civ., 19 décembre 1922, D. 1922.1.235.

(3) Art. 14 loi du 10 août 1927, complété par le décret-loi du 19 octobre 1939.

Aux termes de l'art. 11 de la loi de 1927 qui vise le régime de droit commun, la réintégration est applicable à tous les ex-français, quelle que soit la cause pour laquelle ils ont perdu leur nationalité. Autrefois l'art. 21 C. civ. excluait la réintégration pour ceux qui avaient pris du service militaire à l'étranger ; cette disposition a disparu ; par contre l'art. 7 du décret-loi du 19 octobre 1939 a exclu de la possibilité d'être réintégrés ceux qui ont répudié ou décliné la qualité de français pendant la période des hostilités, c'est-à-dire ceux qui ayant une option pendant cette période l'ont exercée contre la France. Mais en dehors de cette hypothèse, la réintégration est ouverte à tous ceux qui ont possédé la qualité de français, à condition qu'ils résident en France et que satisfaisant aux exigences de l'art. 1 du décret-loi du 12 novembre 1938 ils soient autorisés à y séjourner pendant une durée supérieure à un an. La première de ces formules est très générale et ne réserve pas d'incapacité, l'ex-français peut donc recouvrer sa nationalité à n'importe quel âge ; par suite un mineur peut se faire réintégrer ; le cas se présentera rarement puisque, comme nous l'avons indiqué précédemment notre législation n'admet qu'exceptionnellement la perte de la qualité de français avant 21 ans ; cependant l'hypothèse est concevable et le législateur a disposé formellement que le candidat mineur à la réintégration devrait être représenté ou autorisé dans les conditions de l'art. 3, 2° (art. 11, 1°), c'est-à-dire que s'il a moins de seize ans il ne pourra agir par lui-même et devra être représenté par celui de ses parents qui est investi de la puissance paternelle ou par son tuteur, après avis conforme du Conseil de famille ; s'il a seize ans ou plus il pourra agir seul après avoir obtenu l'autorisation des personnes définies précédemment.

Bien que les développements qui précèdent ne nous aient point offert d'exemples typiques de dérogations au principe de l'incapacité des mineurs ; ils n'en demeurent pas moins d'un grand enseignement pour la suite de notre étude, car ils montrent que parfois et en dépit de la gravité des décisions à prendre, le législateur n'hésite pas à en laisser l'initiative aux intéressés, même si ceux-ci n'ont pas atteint l'âge de la majorité civile.

La distinction qu'opère l'art. 3, 2° de la loi du 10 août 1927, entre mineurs et majeurs de 16 ans constitue, au total un régime assez satisfaisant.

Il nous semble cependant que le législateur aurait pu aller un peu plus loin encore et soumettre la validité des actes accomplis par représentation des mineurs de plus de treize ans au consentement exprès de ces derniers ; une telle disposition, en provoquant dès qu'elle peut être raisonnée la participation de l'adolescent à l'acte procurerait, à notre sens, une heureuse garantie contre l'arbitraire des décisions des représentants légaux.

Reste à justifier la fixation à l'âge de treize ans de l'intervention du mineur.

Notons tout d'abord que l'art. 367 nouveau du Code civil, relatif à la révocation de l'adoption, tel qu'il a été modifié par le décret du 29 juillet 1939, consacre une solution assez voisine de celle que nous nous proposons ; en raison du caractère éminemment personnel de la décision à prendre, il prohibe toute demande en révocation de l'adoption tant que l'adopté n'a pas atteint l'âge de treize ans, passé cet âge il l'autorise à agir lui-même.

Par ailleurs, s'agissant de problèmes de nationalité, c'est-à-dire de problèmes d'état des personnes, n'ayant aucune incidence patrimoniale, s'agissant beaucoup plus d'option

à exercer, de demandes à formuler, que d'« actes juridiques » au sens où l'on entend communément cette expression, il nous semble logique d'admettre que le principal intéressé soit appelé à en discuter, en dehors de toute question de savoir s'il bénéficie ou non d'une capacité suffisante. En de semblables matières la notion de capacité perd les contours précis qu'elle revêt dans le domaine contractuel et elle fait place à une notion plus large, la notion de discernement ; par suite selon nous le mineur doit être déclaré apte à discuter des questions intéressant sa nationalité, dès qu'il peut intervenir utilement.

C'est bien effectivement dans ce sens que le législateur de 1927 a disposé, mais il a eu le tort de décider que ce n'est qu'à seize ans que le mineur possède un discernement suffisant et de ne pas se référer au système consacré par la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents.

Les rédacteurs de cette loi dont le jeu est très satisfaisant ont estimé justement que l'enfant était susceptible de discernement dès treize ans.

Par analogie, nous réclamons pour tous les mineurs ayant atteint cet âge le droit d'intervenir dans la détermination de leur nationalité, sinon directement, du moins par voie d'adhésion donnée aux demandes formulées en leur nom.

APPENDICE A LA II^e PARTIE

ETUDE DE DROIT COMPARÉ

Avant de chercher à faire la synthèse des idées que nous a inspirées l'étude des diverses situations dans lesquelles il est accordé au mineur une capacité propre, il nous a paru utile d'évoquer rapidement les dispositions les plus typiques consacrées par les législations étrangères.

Nous verrons que si aucune de ces dernières ne connaît un régime de protection du mineur parfaitement satisfaisant, il existe dans toutes des particularités méritant de retenir l'attention.

Etant donné la diversité des systèmes en vigueur, il est difficile d'en donner une classification rigoureuse, cependant en tenant compte d'affinités qui tiennent le plus souvent à une commune origine on peut les grouper en trois catégories :

1) les systèmes directement inspirés du droit romain (système espagnol et surtout système chilien), caractérisés par la division de la minorité en plusieurs périodes et une organisation familiale de la tutelle, auxquels on peut rattacher les systèmes de l'Ancien Droit russe et du droit soviétique ;

2) les systèmes d'origine germanique (systèmes allemand et suisse) caractérisés par une conception étatique de la tutelle ;

3) le système anglais, très original,

SECTION I. — Droit espagnol

Le régime de la tutelle en droit espagnol a été profondément modifié par la loi du 24 juillet 1889. Auparavant la tutelle espagnole présentait le caractère d'une institution d'état à la manière allemande et le tuteur était nommé par le juge ; par ailleurs cette législation, s'inspirant directement du droit romain, distinguait entre impubères et pubères, les premiers étant pourvus d'un tuteur et les seconds d'un curateur chargé de les assister dans l'accomplissement des actes juridiques les plus importants.

La loi de 1889 a substitué à ce régime archaïque une organisation familiale de la tutelle, laquelle peut être testamentaire, légale ou dative. Les juges municipaux, auxquels incombe la tenue des registres de l'état civil, sont chargés de veiller à ce que tout incapable soit pourvu d'une tutelle régulière et ils sont pécuniairement responsables de tous les préjudices que leur incurie pourrait causer auxdits incapables. Il leur appartient en particulier d'ordonner la constitution du Conseil de famille, soit d'office, soit sur réquisition du ministère public.

Les pouvoirs et les obligations du tuteur et du conseil de famille sont sensiblement les mêmes qu'en droit français. Toutefois, il est à remarquer que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour continuer le commerce ou l'industrie qu'exerçaient les ascendants du mineur : disposition qui, en dépit de la forme sous laquelle nous la présentons, constitue un progrès évident et que nous souhaitons voir reproduite par notre droit positif.

Par ailleurs, comme dans notre législation, il existe en droit espagnol toute une série d'hypothèses dans lesquelles le mineur jouit d'une capacité propre ;

1 : il peut contracter un mariage civil dès l'âge de 14 ans, s'il est du sexe masculin et dès l'âge de 12 ans, s'il est du sexe féminin ; le mariage religieux, obligatoire pour tous les catholiques ne peut être célébré qu'à l'âge de 16 ans pour les jeunes gens et de 14 ans pour les jeunes filles : de plus quelque soit la forme employée il n'est valable que si certaines personnes ont accordé leur consentement au mineur :

2 : il peut valablement se fiancer, pourvu qu'il obtienne l'assistance de la personne dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage lui-même ;

3 : il peut exercer seul l'action en nullité de mariage (art. 102, C. civ. esp.) ;

4 : il peut arrêter, également seul, ses conventions matrimoniales (art. 1318) ou faire et recevoir des donations par contrat de mariage toutes les fois qu'il y est autorisé par les personnes qui doivent consentir au mariage ;

5 : il peut valablement reconnaître un enfant naturel sans autorisation, ni assistance, tout au moins quand la reconnaissance est faite dans un testament ou dans un acte de naissance (art. 131) ;

6 : la jurisprudence semble également accorder à la mère mineure qualité pour exercer seule l'action en recherche de paternité : un arrêt du Tribunal suprême a déclaré, en effet, que la mère avait un intérêt direct et si évident à ce que son enfant soit reconnu qu'on devait considérer leurs personnalités respectives comme confondues dans l'exercice de cette action ;

7 : le mineur âgé de 14 ans peut tester librement (art. 663) ; dès l'âge de 16 ans il peut être appelé à prendre la

qualité de témoin à l'occasion de la confection d'un testament spécial dont l'utilisation est autorisée en cas d'épidémie, (art. 701) ;

8 : l'émancipation et l'habilitation d'âge (« habilitacion de edad »), institution inspirée de la « *venia aetatis* » romaine, doivent être consenties par le mineur (art. 318 et 323) ;

9 : dès l'âge de 18 ans le mineur peut contracter un engagement militaire sans aucune autorisation.

10 : il a, également à cet âge, pleine capacité pour conclure un contrat d'apprentissage ;

En outre, la loi du 14 juin 1909 autorise le mineur à se faire délivrer un livret de Caisse d'épargne et à effectuer des dépôts et des retraits sans avoir à obtenir le consentement de son représentant légal ; dès 15 ans il peut se faire librement délivrer un permis de chasse et un permis de pêche sans condition d'âge.

Notons enfin qu'aux termes d'une disposition très remarquable le pupille doit prendre part aux délibérations du Conseil de famille dès qu'il a atteint l'âge de 14 ans.

Cette brève étude des solutions positivement admises par le droit espagnol en matière de capacité personnelle des mineurs, ne nous procure, à vrai dire, aucun enseignement susceptible de nous indiquer le sens de la réforme que nous préconisons ; elle a cependant son utilité, car elle prouve qu'à notre époque l'extension de la capacité des mineurs est une nécessité juridique qui s'impose non seulement dans les nations qui sont à l'avant-garde de la civilisation et du développement économique et social, mais aussi aux nations beaucoup moins industrialisées ; elle établit au surplus qu'il est possible de se montrer plus hardi

que le législateur français lui-même, sans qu'il en résulte des situations impraticables.

SECTION II. — Droit chilien

1. Procédant d'une conception très logique, directement inspirée du droit romain, le droit chilien distingue au sein de la minorité plusieurs périodes.

L'enfant, mineur de 7 ans (art. 26, 1^o C. civ. chilien) est frappé d'une incapacité absolue ; il ne peut même pas, de par sa seule volonté, acquérir la possession (art. 723, 2^o C. civ. chilien) ; il n'est pas responsable de ses délits ou quasi-délits, (art. 2319, 1^o).

Les impubères au contraire, mineurs de 14 ou 12 ans, selon le sexe peuvent acquérir la possession par un acte volontaire ; ils sont responsables de leurs délits et quasi-délits lorsqu'ils ont agi avec discernement ; mais ils sont en principe représentés par leur tuteur dans l'accomplissement de tous les autres actes de la vie juridique.

L'adulte ou pubère, mineur de 25 ans, jouit d'une capacité sensiblement plus large : il peut valablement contracter mariage ; il peut également, aux termes de l'article 261 faire son testament dans les mêmes conditions qu'un majeur. Toutefois il ne peut faire librement une donation à cause de mort, bien que le principe de cette institution soit admis par le code chilien, qui précise même qu'elle doit être rédigée en la forme testamentaire. Il est responsable sans condition de ses délits et quasi-délits à partir de 16 ans ; avant cet âge la responsabilité ne lui en est imputée que s'il a agi avec discernement.

Dans les cas où il n'est plus sous la puissance paternelle le mineur de 25 ans est placé en curatelle ; s'il n'est pas doté d'un curateur testamentaire ou légitime, il peut en

choisir un lui-même ; le curateur pourra d'ailleurs lui confier l'administration d'une partie des biens pupillaires ; dans ce cas il pourra valablement faire seul tous les actes se rapportant à cette administration ; en outre, disposition très originale, il a dans une certaine mesure le contrôle de la gestion de son curateur : s'il estime que les agissements de ce dernier sont susceptibles de lui porter préjudice, il peut requérir l'intervention du juge par l'intermédiaire du défenseur des mineurs.

2. Notons encore que, d'une manière générale, le mineur en droit chilien est considéré dans l'administration de son pécule professionnel ou industriel comme « habilité d'âge » (art. 246) ; il peut en conséquence agir librement, sans avoir besoin d'être représenté ou autorisé ; il ne peut cependant emprunter de l'argent à intérêt, ni acheter à crédit sans l'autorisation écrite de son père ou de sa mère, sauf au cas où ces opérations rentrent dans la gestion ordinaire du pécule. Ce pécule comprend l'ensemble des biens acquis par l'enfant dans l'exercice, soit d'une profession libérale, soit d'une industrie ou d'un commerce, soit d'un métier quelconque ; ces biens ne sont pas soumis à l'usufruit légal des parents (art. 243) : le Code chilien, différent en cela du Code civil français (art. 387) n'exige pas qu'ils proviennent d'un travail séparé de l'enfant (1). Malgré la généralité de l'expression employée par l'article 246 du Code civil chilien, « l'enfant mineur », il semble bien que l'administration du pécule professionnel et les pouvoirs

(1) Les biens qui adviennent au mineur par voie de donation ou de testament, constituent, au cas où le donateur ou testateur a disposé expressément que l'usufruit des dits biens appartiendrait aux parents, le pécule adventice extraordinaire, le pécule adventice ordinaire comprenant tous les autres biens soumis à usufruit légal.

très larges qu'elle comporte ne soient accordés qu'au mineur pubère.

3. Indiquons enfin que si l'âge de la majorité au Chili est fixée à 25 ans, le mineur a la possibilité d'acquérir dès 21 ans une capacité presque complète grâce à l'habilitation d'âge : institution calquée sur la « *venia aetatis* » romaine (art. 297 et s.). Aux termes de l'article 297, l'habilitation est un privilège qui permet au mineur de faire tous les actes et de contracter toutes les obligations dont sont capables les majeurs, excepté ceux dont une disposition légale les déclare incapables. L'habilitation d'âge est soit légale, soit judiciaire ; l'homme âgé de 21 ans est habilité d'âge par son mariage, la femme ne jouit pas du même privilège ; les employés publics mineurs sont également considérés comme majeurs en ce qui concerne leur emploi.

En dehors de ces hypothèses l'habilitation d'âge ne peut résulter que d'une décision de justice. Tandis qu'en droit français l'émancipation est un acte unilatéral de celui qui émancipe, l'habilitation d'âge du droit chilien doit être demandée par le mineur qui entend l'obtenir. L'habilitation d'âge confère une capacité, en principe égale à celle d'un majeur ; toutefois elle n'autorise pas son titulaire à se marier librement, ni à être nommé tuteur, curateur ou exécuteur testamentaire, ni à hypothéquer ses immeubles, ni enfin à approuver le compte de son curateur sans autorisation du juge.

*
**

Le système ainsi consacré par la législation chilienne est sans doute un peu complexe, mais il a le grand mérite de prouver que la résurrection des règles romaines n'est pas chose impossible en droit moderne. Et si, bien évidem-

ment, il n'entre pas dans nos vues de préconiser un retour à semblable régime, il nous paraît opportun de souligner, une fois encore, les avantages que présente la gradation de la capacité juridique en fonction du développement intellectuel des individus : gradation que les législations allemande, suisse et soviétique ont su assez bien réaliser, sans compliquer outre mesure le statut de la minorité.

SECTION III. — Ancien droit russe

Aux termes de l'ancienne législation russe, tout individu avant d'atteindre l'âge de la majorité traversait trois périodes :

jusqu'à 14 ans il était considéré comme absolument incapable et pourvu d'un tuteur ; il ne pouvait ni administrer, ni aliéner ses biens ; ceux qui traitaient directement avec lui au mépris de la loi s'exposaient à des sanctions pénales.

— à partir de 14 ans, bien que son incapacité demeurât entière le mineur en tutelle, à l'exclusion du mineur sous la puissance paternelle, pouvait demander à être assisté et défendu par un curateur qui était substitué au tuteur : faculté qui lorsqu'elle était exercée entraînait la substitution au régime de la représentation d'un régime d'assistance.

— à 17 ans, enfin, l'adolescent acquérait la libre administration de ses biens, mais il ne pouvait ni emprunter, ni s'obliger par écrit, ni disposer de ses capitaux ; par contre il pouvait disposer à son gré de ses autres biens meubles et ester librement en justice, toutefois à l'audience il devait être assisté de son curateur.

La sanction de cette incapacité était une nullité de pro-

lection que les tiers, cocontractants du mineur ne pouvaient invoquer.

SECTION IV. — Droit soviétique

Contrairement à ce que l'on pouvait attendre du droit d'un régime qui a l'ambition de créer un ordre de choses nouveau, la législation soviétique ne présente aucun caractère révolutionnaire ; et la suppression de la puissance paternelle, elle-même, nous apparaît plus comme une mesure « sentimentale » que comme une réforme réellement efficace.

Dans ce droit la pleine capacité civile est acquise dès 18 ans révolus (art. 7, al. 2 C. civ. soviétique), âge qui fixe également la majorité matrimoniale pour les deux sexes.

Les mineurs sont incapables d'acquérir des droits et d'assumer des obligations ; ce n'est d'ailleurs là qu'une incapacité d'exercice.

Leurs parents bien que n'étant pas investis de la puissance paternelle, au sens où nous entendons cette expression, doivent néanmoins, en qualité de protecteurs de leurs enfants mineurs, assurer la défense des intérêts personnels et patrimoniaux ; ils sont tenus notamment de les représenter en justice et dans d'autres institutions (art. 43) : disposition de portée générale qui indique nettement que le régime de protection en vigueur n'est au fond qu'un régime de représentation légale.

Notons cependant que le droit soviétique contient certaines dispositions originales et heureuses : aux termes de l'article 45 les parents ne peuvent conclure de contrats d'apprentissage et de travail au nom de leurs enfants

mineurs qu'avec leur consentement exprès. Dès 14 ans les mineurs peuvent disposer librement de leur salaire ; ils sont, par ailleurs, responsables du dommage causé à d'autres personnes. Sur le plan professionnel ils ont d'une manière générale les mêmes droits que les majeurs (art. 31 du Code du Travail, loi du 20 décembre 1927) ; ils peuvent encore faire personnellement des dépôts aux Caisses d'épargne ouvrières d'Etat et en disposer. Enfin à 16 ans révolus ils peuvent devenir membres des sociétés de coopération agricoles ou industrielles (loi du 3 octobre 1927).

SECTION V. — Droit allemand

Le Code civil allemand dénie toute capacité aux enfants qui n'ont pas encore atteint leur septième année (art. 104 et 105 C. civ. allemand). Mais dès qu'ils ont atteint cet âge il leur donne la possibilité d'agir seuls dans certaines hypothèses (art. 106 et suivants).

L'article 110 dispose notamment qu'un contrat conclu par le mineur, sans l'assentiment de son représentant légal, est réputé avoir été efficace dès l'origine, lorsque le mineur effectue la prestation, telle qu'elle résulte du contrat avec des ressources qui lui ont été remises dans ce but ou à sa libre disposition, soit par son représentant, soit par un tiers avec l'assentiment de ce dernier.

En ce qui concerne plus spécialement l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, l'article 112 décide que « si le représentant légal, avec l'approbation du tribunal des tutelles, habilite le mineur en vue de l'exploitation indépendante d'une entreprise de caractère lucratif, le mineur est pleinement capable d'accomplir tous les actes juridiques que comporte l'exploitation de l'entreprise ; sont

exceptés les actes juridiques pour lesquels le représentant a besoin de l'approbation du tribunal des tutelles ; l'habilitation ne peut être retirée par le représentant qu'avec approbation du tribunal des tutelles ».

Enfin sur le plan professionnel l'article 113 dispose « Si le représentant légal habilite le mineur en vue d'un engagement de services ou de travail, le mineur est doué d'une pleine capacité d'exercice pour tous les actes juridiques concernant la formation ou la cessation d'un rapport de services ou de travail de l'espèce permise, ou pour l'exécution des obligations nées d'un rapport de cette nature » et plus loin : « L'habilitation peut être retirée ou restreinte par le représentant ; si le représentant est un tuteur, l'habilitation si elle est refusée par lui peut à la requête du mineur être suppléée par le tribunal des tutelles »... « L'habilitation, accordée pour un cas particulier, est réputée, dans le doute, valoir pour la formation de rapports similaires ».

Notons encore que, comme en droit espagnol, le pupille peut intervenir, d'une façon plus ou moins large selon son âge, dans la gestion de la tutelle (art. 1827).

SECTION VI. — Droit suisse

Le Code civil suisse traite différemment les mineurs, suivant qu'ils se révèlent ou non capables de discernement. Les premiers jouissent d'une capacité restreinte, analogue à celle que le Code civil allemand accorde aux mineurs de plus de 7 ans (art. 19, 410 et 411 du C. civ. suisse) ; ils peuvent être autorisés expressément ou tacitement à accomplir seuls une série d'actes simples ; l'article 410 notamment dispose en termes très généraux que « le pupille capable de

« discernement peut contracter une obligation ou renoncer
 « à un droit, moyennant que le tuteur consente expressé-
 « ment ou tacitement à l'acte où le ratifie ».

L'article 412 décide encore que « le pupille auquel l'au-
 « torité tutélaire permet expressément ou tacitement d'exer-
 « cer une profession ou une industrie peut faire tous les
 « actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession
 « ou de cette industrie ; il est en raison de ces actes, tenu
 « sur tous ses biens ».

Notons enfin que le mineur capable de discernement et
 âgé de 16 ans au moins doit être si possible consulté lors
 de l'accomplissement de tous les actes d'administration
 importants (art. 409) et appelé lors de la reddition des
 comptes de tutelle (art. 413, al. 3) ; aux termes de l'article
 420 il peut recourir à l'autorité tutélaire contre les actes
 de son tuteur (art. 420).

★
 ★★

Ces deux législations très voisines ne sont pas susceptibles
 de nous fournir le plan d'une réforme d'ensemble du régime
 de la minorité, car elles ne comportent que des dispositions
 fragmentaires. Mais elles ont le mérite de prouver que les
 réformes que nous avons préconisées, notamment à propos
 de l'étude de l'engagement professionnel du mineur, ne
 sont nullement utopiques.

En outre la législation suisse nous offre l'exemple d'une
 conception très rationnelle d'une gradation de la capacité
 des mineurs : gradation exclusivement fondée sur le déve-
 loppement du discernement et ne comportant aucune fixa-
 tion arbitraire d'un âge à partir duquel ce discernement
 doit être présumé.

SECTION VII. — Droit anglais

Nous envisagerons successivement sous cette rubrique la capacité générale et la capacité spéciale contractuelle du mineur en droit anglais.

L'âge de la majorité en droit anglais est fixé à 21 ans ; aux termes de la loi commune, du « common Law », les mineurs sont incapables de s'obliger ou plus précisément de faire quoi que ce soit qui puisse leur porter préjudice ou nuire à leurs droits.

Cette règle fondamentale a été complétée et modifiée par la loi sur la protection des mineurs (Infant's Relief Act, 1874). Et en définitive la situation du mineur anglais sur le plan contractuel peut se résumer dans une classification tripartite des contrats en contrats nuls, annulables et valables.

1. *Les contrats nuls* : Les prêts d'argent consentis aux mineurs sont nuls, tant en vertu du « Common Law » que de l'article 1 de l'« Infants Relief Act » ; le paiement ne pourra en être poursuivi que si le mineur a trompé le prêteur sur son âge. Cette nullité frappe également les simples promesses de remboursement et les garanties fournies à cette occasion, les engagements contractés par le moyen d'effets de commerce, traites ou billets à ordre et les reconnaissances de dettes stipulant une peine.

Les contrats relatifs aux choses « non nécessaires » (1), et les ratifications par un majeur de contrats nuls passés en période de minorité, qui aux termes du « Common Law » n'étaient qu'annulables, ont été déclarés nuls, de nullité absolue par l'« Infant's Relief Act ». Les tribunaux

(1) Voir plus bas la notion de choses nécessaires.

britanniques interprétant restrictivement ce dernier texte considèrent, en outre comme nuls les contrats passés dans un but commercial par le mineur.

Selon M. Victor Fère « il convient d'entendre cette « jurisprudence dans un sens très large, comme s'appli-
« quant non point seulement aux contrats de l'incapable
« qui ont le caractère commercial, mais d'une manière
« générale à tous les actes qu'il passerait à l'occasion de
« l'exercice de l'une quelconque des entreprises réputées
« commerciales » ; et toujours d'après le même auteur « il
« faudrait ajouter à cette catégorie déjà très importante
« les opérations de banque, change et courtage qui relè-
« vent de l'interdiction formulée par la loi nouvelle d'ar-
« rêter des règlements de compte avec un incapable » (1).

2. *Contrats annulables* : les contrats relatifs à des biens de caractère « permanent et continu » passés par un mineur sont sans efficacité pendant sa minorité, mais à sa majorité ils l'obligeront, à moins qu'alors il ne répudie expressément ses engagements dans un « délai raisonnable ».

Bien que la notion de biens de caractère « permanent et continu » soit difficile à préciser, notons que les principaux contrats « voidable », c'est-à-dire « annulables » sont les « conveyances » c'est-à-dire les contrats de transfert de propriété, (que ce transfert se réalise par voie de vente, d'échange ou de donation), les contrats de louage de service, les contrats de louage de choses et le contrat de société, dénommé « partnership » (expression qui vise une forme de société analogue à notre société en nom collectif).

Reprenons brièvement ces différentes situations : le terme

(1) Victor FÈRE, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en Droit anglais*, thèse, Paris, 1923, p. 172.

de « conveyances » vise, comme nous l'avons indiqué les transferts de propriété et les constitutions de droits réels effectuées par le mineur ou au profit du mineur. Normalement le mineur, incapable de donner un consentement valable, ne peut être obligé par de simples promesses, mais s'il advient en fait qu'il ait transféré par un moyen adéquat la propriété d'un élément de son patrimoine à un tiers, il crée au profit de ce contractant un droit dont la réalisation ne peut être indéfiniment suspendue et qu'on ne peut l'autoriser à anéantir quand bon lui semblera. Pour satisfaire à ces exigences, la loi déclare le mineur obligé par le contrat de « conveyance » qu'il a conclu, si dans un délai raisonnable il n'en demande pas l'annulation.

Parmi les « conveyances » il convient de mentionner en premier lieu les conventions matrimoniales : les mineurs en droit anglais peuvent contracter mariage dès l'âge de 14 ans pour les jeunes gens et dès 12 ans pour les jeunes filles.

Avant 1855, les contrats de mariage passés en période de minorité pouvaient être annulés par l'intéressé lui-même après son accession à la majorité, pourvu qu'il agisse dans un délai raisonnable ; l'expiration de ce délai couvrait la nullité relative dont était entaché l'acte.

L'« Infants Settlements Act » de 1855, sans revenir sur ces dispositions, a décidé que les mineurs âgés de plus de 20 ans ou de plus de 17 ans (suivant qu'il s'agit d'un jeune homme ou d'une jeune fille) pourraient, moyennant homologation de justice passer des conventions matrimoniales ayant force obligatoire définitive, précisant, en outre, que ces conventions pourraient contenir des dispositions de propriété valables et obligatoires ou des promesses de

rédiger de semblables dispositions. La jurisprudence a étendu le bénéfice de ce statut aux conventions entre époux, passées pendant la durée du mariage.

Les contrats de louage de services, que nous étudierons au principal sous la rubrique des « contrats valables », présentent parfois le caractère de contrats annulables ; il en est ainsi lorsque la somme des stipulations défavorables au mineur excède la somme des stipulations qui lui sont avantageuses : question dont l'appréciation est livrée au juge. Mais en dehors de cette hypothèse le contrat de louage de services constitue un « contract for necessities ».

Le louage de choses, à l'inverse, qu'il porte sur des immeubles ou sur des biens mobiliers, présente toujours le caractère d'un contrat annulable.

Il en va de même du contrat de société désigné sous le nom de « partnership » : en principe le mineur qui obtient l'annulation d'un tel contrat, est fondé, s'il n'a retiré aucun profit de l'opération, à récupérer tous ses apports ; s'il ne poursuit pas cette annulation dans un « reasonable times » le contrat de « partnership » se trouve validé. Cette notion de délai raisonnable varie suivant les circonstances de la cause ; notons cependant que la jurisprudence anglaise estime qu'il ne sert à rien au mineur, qui désavoue longtemps après sa majorité, de dire, que dans l'intervalle, il ignorait son droit de répudiation.

3. *Contrats valables* : Le mineur est valablement lié par tous les contrats relatifs à des choses nécessaires et par tous les contrats qui lui procurent un avantage.

Avec ces deux catégories de contrats que l'on groupe généralement sous le nom de « contracts for necessities », nous abordons l'étude des dispositions véritablement originales du droit anglais.

Très logiquement cette législation, qui comme la nôtre, admet que le mineur n'est pas incapable de contracter mais incapable de se nuire, décide que s'il est des engagements qui lui sont avantageux son incapacité disparaît « *ipso facto* ».

Cette solution toute traditionnelle a été reprise par deux lois modernes, l'« *Infant's relief act* » et le « *Sales of goods act* » 1893 (art. 2). Malheureusement elle l'a été en termes différents, de sorte qu'un doute sérieux continue à planer sur le point de savoir si le mineur est tenu contractuellement, en vertu d'une capacité légale ou seulement quasi-contractuellement, à raison de l'enrichissement sans cause que lui a procuré l'opération.

Bien qu'il y ait de sérieux intérêts pratiques (1) à trancher la question, la jurisprudence hésite à prendre parti. Certaines décisions ont estimé que le caractère obligatoire des « *contracts for necessities* » reposait sur l'obligation légale de payer un prix raisonnable les marchandises ou les services fournis. Bien que l'exégèse du « *Sales of goods act* » semble confirmer cette manière de voir, c'est à la conception inverse qu'il convient de se rallier. Nous estimons que les pouvoirs reconnus au mineur anglais en matière de contrats nécessaires découlent d'une capacité juridique qui lui est réellement consentie et ceci pour deux raisons : en premier lieu, parceque l'« *Infant's relief act* », dont les dispositions sont en harmonie avec cette manière de voir, présente véritablement le caractère d'une charte de la minorité, tandis que le « *Sales of goods act* » n'est qu'un texte de portée spéciale ; et en second lieu

(1) Si le mineur a agi en vertu d'une capacité réelle sa responsabilité est entière et il peut être contraint à exécuter ce qu'il a promis ; au cas inverse il n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement,

parceque l'aptitude du mineur à subvenir à ses besoins vitaux n'est pas une création artificielle de la loi, mais la transposition d'une capacité de fait dans le domaine juridique.

Précisons maintenant les conditions que doit remplir un engagement pour rentrer dans la catégorie des « contracts for necessities ».

Relativement à la nature de l'opération, la loi anglaise a limité la portée de l'exception faite au principe d'incapacité du mineur à deux sortes de contrats : les achats de biens mobiliers corporels et les contrats de service : cette dernière expression désignant non seulement le contrat que passe un mineur pour s'assurer les services d'autrui, mais encore celui par lequel il loue lui-même ses services pour gagner sa vie.

Relativement aux prix ou salaires stipulés, le contrat passé par le mineur seul ne sera valable que si ces prix ou salaires sont raisonnables, c'est-à-dire en rapport avec la valeur des fournitures ou prestations effectuées.

Enfin, se plaçant cette fois sur le plan subjectif, la loi anglaise a disposé qu'une opération ne pourrait se voir conférer le caractère de « necessities » que si les fournitures reçues ou les services rendus étaient appropriés à la condition sociale de l'incapable et que si le marché lui avait procuré la satisfaction d'un besoin actuel.

En ce qui concerne plus spécialement les contrats de louage de services, la jurisprudence a ajouté certaines conditions de validité à celle que nous venons d'énumérer : c'est ainsi qu'elle décide que le salaire, stipulé payable au mineur doit être suffisant pour lui permettre de vivre avec un bien-être raisonnable, que les clauses stipulées à l'avantage de l'employeur ne doivent présenter aucun carac-

rière léonine, enfin que le travail exigé de l'ouvrier ou de l'employé mineur ne doit pas excéder sa capacité physique.

Notons enfin qu'il est traditionnellement admis que le contrat d'apprentissage constitue un « contract for necessities » et spécialement que la coutume de Londres autorise le mineur âgé de plus de 14 ans à s'engager seul comme apprenti.

★
★

En dehors de ces règles de droit commun qui déterminent les limites de l'incapacité contractuelle du mineur, on rencontre en droit anglais, comme dans notre législation, un ensemble de textes spéciaux, qui procurent à ce dernier la possibilité d'agir valablement, sans assistance, ni autorisation d'aucune sorte dans un certain nombre d'hypothèses intéressantes.

Ces textes qui visent des matières fort diverses, sont connus sous le nom d'« enacting statutes ». Ils datent tous de la fin du XIX^e siècle, époque de grande industrialisation, ce qui indique assez que les transformations du milieu social et économique agissent favorablement et très énergiquement sur l'évolution du droit.

Le premier en date est le « Building societies act » de 1871 ; il autorise les mineurs à entrer dans les sociétés pour la construction d'habitations à bon marché et à passer tous les actes qu'exige le fonctionnement de ces organismes (toutefois, aux termes de la jurisprudence, ils ne peuvent constituer d'hypothèque).

Le second le « Customs act » de 1876, de son côté, leur permet de constituer des dépôts en douanes et de donner valablement quitus.

Dans le domaine de la législation sociale, le « Trade

Union amendment act » de 1876 a accordé à tous les mineurs, âgés de plus de 16 ans, la faculté d'entrer dans un syndicat professionnel ; le « Friendly societies act » leur a permis d'entrer dans les sociétés de secours mutuels et notamment, dès l'âge de 16 ans, d'accomplir tous les actes nécessaires à la gestion des dites sociétés.

Citons enfin l'« Industrial and provident societies act » de 1893 qui a autorisé les mineurs de plus de 16 ans à effectuer librement des dépôts et des retraits de sommes d'argent aux sociétés d'épargne et de prévoyance sociale.

*
* *

A l'issue de cette rapide étude de la législation britannique, deux ordres de remarques s'imposent :

On peut observer, tout d'abord, que le régime anglais de protection du mineur est à la fois plus libéral et plus rigoureux que le nôtre : il est plus libéral en ce sens qu'il accorde à tous les mineurs et directement, une capacité limitée (contracts for necessities) pourvu qu'ils fassent preuve d'un discernement suffisant, et il est plus rigoureux parcequ'en aucun cas il ne les fait bénéficier des larges pouvoirs d'administration que comporte notre émancipation.

Mais comme, au fond, la notion de « necessities » est assez voisine de la notion d'actes non soumis à formalités, puisque toutes deux embrassent des matières identiques (notamment les actes d'administration) et autorisent les mineurs à agir seuls, pourvu qu'ils ne se lèsent pas, nous sommes amené à conclure, qu'en dépit des apparences, le système anglais n'est pas très différent du nôtre.

Ce qui fait sa véritable originalité, c'est la méthode employée, méthode réaliste et très caractéristique du génie

britannique. Il apparaît, en effet, qu'il s'agisse de la distinction tripartite entre contrats nuls, annulables et valables, de la définition des « contracts for necessities » ou de la détermination du « reasonable times », à l'expiration duquel l'individu ne peut plus provoquer l'annulation du contrat conclu par lui en période de minorité, qu'en aucun cas le législateur anglais ne s'est cru obligé de sacrifier le progrès juridique au rigorisme des règles anciennes ; seul le désir de parfaire et de mieux adapter le droit aux conditions de vie modernes a déterminé, et détermine encore de nos jours, le sens de ses interventions.

C'est de cette méthode essentiellement objective que nous souhaitons voir le législateur français s'inspirer à l'avenir.

III^e PARTIE

CONCLUSION CRITIQUE

Des développements qui précèdent se dégagent immédiatement l'impression que la personnalité juridique du mineur est infiniment plus développée que les textes de principe ne semblent l'indiquer et que sa situation véritable ne correspond pas exactement à la conception légale.

Dans l'esprit du Code civil, en effet, l'incapacité du mineur trouve sa source dans l'absence des qualités requises pour l'exercice de certains droits ou l'accomplissement de certains actes ; il ne s'agit donc (la définition que nous venons d'en donner emploie elle-même le terme) que d'une incapacité d'exercice. Or qu'avons-nous pu constater ? C'est qu'en réalité, il existait un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles des individus, non encore âgés de 21 ans, avaient la faculté d'agir personnellement et valablement.

Ce premier point étant acquis, si nous reprenons l'idée exprimée dès notre introduction et que nous recherchions les causes de cette discordance il nous apparaît qu'elles peuvent se ramener à deux :

1^o la consécration au moins implicite, par le Code de la règle traditionnelle « *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* », de laquelle il résulte que ce dont le mineur est incapable ce n'est pas de contracter, mais de rendre sa condition pire ;

2° l'impossibilité d'utiliser le système de la représentation lorsqu'il s'agit d'accomplir des actes de caractère personnel.

Ainsi présentées, les différentes situations que nous avons étudiées plus haut peuvent bien encore être considérées comme ne constituant qu'une série d'exceptions importantes au principe général d'incapacité.

Mais il en va très différemment si l'on pousse dans leurs conséquences ultimes les deux idées dégagées précédemment. Il apparaît, en effet, d'une part que si l'on donne toute son extension à la règle « *Minor restituitur...* » on est fatalement amené à élargir le cercle des opérations permises au mineur sous bénéfice de restitution, et d'autre part, que l'exclusion du système de la représentation doit s'étendre sans distinction à tous les actes extrapatrimoniaux.

1 : Dans le premier ordre d'idées, il a déjà été soutenu que l'article 1305 était de portée générale et s'appliquait, non seulement aux « conventions », mais à tous les actes juridiques. L'auteur de cette théorie, Eugène Vac (1), n'a pas craint d'affirmer notamment, qu'il serait logique de reconnaître au mineur le droit d'accepter ou de répudier seul une donation et une succession, de participer à un partage et même de transiger.

L'auteur, pour justifier son point de vue, outre qu'il invoque des raisons de commodité (gain de temps, frais et complications de l'acceptation bénéficiaire et du partage judiciaire évités) considère que l'action en rescision constitue pour le mineur une garantie décisive : en effet de

(1) E. VAC, *De la capacité juridique des mineurs*, thèse, Caen, 1869, p. 135 et suiv.

deux choses l'une, ou bien l'acte lui est profitable et il n'a pas intérêt à l'attaquer, ou bien il lui causé préjudice et alors il peut invoquer l'article 1305. D'autre part, au moins en ce qui concerne l'acceptation d'une donation, la solution préconisée se trouve en plein accord avec la tradition historique ; Pothier lui-même n'écrivait-il pas : « Il est
« constant qu'un mineur, pourvu qu'il ait passé l'âge de
« l'enfance, et qu'il commence à avoir l'usage de la raison,
« peut seul et sans l'autorité de personne, accepter la dona-
« tion qui lui est faite ; c'est une suite des règles de droit
« qui disent qu'un pupille ne peut, en effet, sans l'autori-
« sation de son tuteur, s'obliger, ni disposer de ses biens,
« mais qu'il n'en a pas besoin pour faire sa condition meil-
« leure, c'est-à-dire pour stipuler ou pour acquérir » (1).
Par ailleurs, permettre au mineur d'agir seul en matière de partage, sous réserve de pouvoir être restitué, ce sera lui procurer l'avantage évident de pouvoir invoquer une lésion, quelque faible qu'elle soit. Enfin remarque cet auteur : « quel inconvénient y a-t-il à permettre la rescis-
« sion d'une transaction, lorsqu'elle a lésé le mineur ?
« L'inconvénient ne serait-il pas plus grand, si l'on annu-
« lait, par cette raison seule qu'elle est faite par un mineur,
« une transaction qui lui serait avantageuse ? » (2).

Bien évidemment, dans l'état actuel des textes (articles 463 et 776), on ne peut songer à consacrer ces solutions en droit positif ; mais la question se pose de savoir si elles ne pourraient être intégrées dans une réforme d'ensemble du système de protection du mineur, question que nous nous proposons de résoudre plus loin.

(1) POTHIER, *cité* par E. VRAC, *op. cit.*, p. 138.

(2) E. VRAC, *op. cit.*, p. 143.

II : Dans le domaine extrapatrimonial, le problème de l'extension des pouvoirs propres des mineurs se pose avec plus d'acuité encore, mais il présente moins de difficultés. Comme l'indiquent MM. Planiol et Ripert (1), même en s'en tenant aux dispositions légales, il est difficile de donner une règle générale car les solutions ne sont pas toujours cohérentes ; rappelons à titre d'exemple que l'adoption d'un mineur peut être réalisée par le consentement de ses représentants, que les actions en recherche et en désaveu de paternité peuvent également être intentées par eux, mais qu'à l'inverse le contrat de mariage requiert sinon la participation physique, du moins le concours intellectuel des futurs époux, que la reconnaissance d'un enfant naturel est une faculté ouverte à tous les mineurs et enfin que les droits de puissance appartiennent aux incapables et sont librement exercés par eux.

Or il n'existe aucun motif juridique à cette incohérence. C'est donc sans crainte que nous pouvons conclure à la nécessité d'unifier cette matière et d'accorder aux mineurs des pouvoirs de décision prépondérants chaque fois qu'un élément exigeant une appréciation d'ordre personnel entre en jeu, comme par exemple dans la passation des contrats engageant la personne physique.

*
**

Mais si l'on donne une telle extension aux cas de capacité du mineur, il devient impossible de les présenter comme étant des exceptions au principe général d'incapacité ; groupés autour de notions premières telles que le respect de la liberté individuelle ils perdent fatalement leur

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 260, p. 311.

caractère exceptionnel et constituent vraiment un ensemble homogène.

C'est alors que nous voyons se dessiner les grandes lignes de cette période de demi-capacité que, dès notre introduction, nous souhaitions voir s'organiser dans notre droit positif, et qui aurait pour but de permettre aux mineurs de s'initier progressivement au jeu de rapports juridiques, chaque jour plus complexes.

Si maintenant, conformément au but que nous nous sommes proposé, nous cherchons à préciser les limites de cette période transitoire il nous apparaît aussitôt qu'elles doivent être définies de deux points de vue : 1° dans le temps, 2° dans l'espace.

En la circonstance, la détermination dans le temps consiste à fixer l'âge à partir duquel le mineur peut être appelé à participer activement à la vie juridique. Dès l'abord une première remarque doit être faite, c'est que cette participation n'est réalisable et utile que si les facultés de l'enfant ont atteint un développement suffisant, c'est-à-dire que si lui-même est pourvu de discernement.

Quel est donc l'âge du discernement ? Notre droit n'en fournit pas une notion précise et la loi pénale elle-même (loi du 22 juillet 1912) s'est bornée à formuler des présomptions. Mais nous avons pu observer, au cours de cette étude, qu'il est un âge auquel le législateur semble attacher une importance particulière et à partir duquel il accorde au mineur une certaine participation à la vie juridique ; c'est l'âge de seize ans.

Rappelons que c'est, en effet, à partir de cet âge que le mineur peut intervenir activement lors de son adoption, qu'il peut tester dans les limites de l'art. 904, qu'il peut adhérer à un syndicat professionnel, opérer des versements

et des retraits dans les Caisses d'Epargne, s'affilier à une société de secours mutuel ou encore intervenir personnellement dans la détermination de sa nationalité (art. 3, 2°, loi du 10 août 1927). Notons encore qu'aux termes de l'art. 8 de la loi du 9 avril 1898 sur les Accidents du travail, les mineurs de seize ans sont soumis à un régime différent de celui qui est applicable aux autres ouvriers et enfin que la loi du 22 juillet 1912 refuse aux individus ayant dépassé cet âge l'excuse atténuante de minorité et les assimile aux majeurs.

La concordance de ces diverses dispositions est significative : elle indique que la loi considère la seizième année comme marquant un tournant dans l'évolution intellectuelle de l'adolescent et comme étant le moment où ce dernier possède une maturité d'esprit suffisante pour pouvoir exercer utilement les droits qui lui sont conférés.

Une disposition toute récente semble d'ailleurs confirmer implicitement ce point de vue. Une loi du 27 octobre 1940 (1) prévoit, en effet que tous les citoyens français devront posséder une carte d'identité de français, carte d'un modèle unique, qui doit leur permettre de prouver, à tout moment et sans autres formalités, leur nationalité française et de faire valoir les prérogatives qui s'attachent à cette qualité. Or cette pièce ne sera exigée qu'à partir de seize ans. C'est assez dire que le législateur a compris que l'individu avait dès lors une personnalité suffisamment affirmée et une activité suffisamment grande pour qu'il lui soit utile de posséder un tel document et pour qu'il soit utile aussi que l'on puisse contrôler aisément son identité.

(1) Loi du 27 octobre 1940, instituant la carte d'identité de Français (*J. O.* du 20 novembre 1940, p. 5740).

Ainsi il paraît bien que l'âge de seize ans soit la limite la plus propice à l'octroi d'une demi-capacité aux mineurs.

Mais quelle doit être l'étendue de cette demi-capacité ?

Dans le domaine *extrapatrimonial*, nous avons indiqué précédemment, que pour des raisons de respect de la liberté individuelle, nous souhaitions voir accorder aux mineurs des pouvoirs de décision prépondérants chaque fois que l'acte à accomplir nécessite des appréciations d'ordre personnel.

Comment réaliser techniquement une semblable réforme ?

Remarquons tout d'abord qu'il ne s'agit pas de soustraire le mineur à tout contrôle familial et par exemple de l'autoriser à se marier sans le consentement des siens ; ce qu'il faut c'est éliminer complètement le système de la représentation pour lui substituer un régime d'autorisation.

On nous objectera sans doute qu'une telle réforme est sans grande portée pratique, l'ascendant moral des parents, du tuteur ou des personnes composant le conseil de famille restant un facteur déterminant quelque soit le mode selon lequel ils interviennent à l'acte. L'objection est exacte ; mais nous persistons néanmoins à préconiser l'adoption du système de l'autorisation, au moins dès que le mineur a atteint l'âge de 16 ans, parcequ'il présente l'avantage de réserver les initiatives au principal intéressé et par là de faire échec à l'abus de pouvoir et à l'arbitraire toujours possibles du représentant légal.

Pour compléter la réforme et renforcer l'indépendance de l'enfant, nous pensons qu'il serait utile de lui permettre de demander au Tribunal civil l'autorisation d'agir lorsque celle-ci aurait été refusée par l'une ou l'autre des autorités familiales ; le Tribunal civil nous semble

particulièrement désigné pour remplir ce rôle car il est le juge né de toutes les questions d'état ; par ailleurs on ne peut songer à recourir au juge de paix : ce magistrat, présidant le conseil de famille, ne saurait connaître en appel d'une décision prise par un organisme dont il dirige les délibérations.

En matière patrimoniale, le problème est plus difficile à résoudre, car dès que l'on tente de réaliser l'extension de la capacité du mineur, on se heurte aux cadres rigides de la législation en vigueur, et aussitôt l'interprète se trouve en face du dilemme suivant : ou bien se borner à envisager des mesures de détail tendant à améliorer le jeu des institutions existantes, ou bien rompre avec la conception traditionnelle du système de protection des mineurs, ce qui ne laisse pas d'être assez aventureux.

MM. PLANIOL et RIPERT ont adopté la première méthode ; après avoir indiqué qu'il était nécessaire de simplifier le fonctionnement de la tutelle (1), ces auteurs reconnaissent que la loi devrait ménager une transition entre la minorité et la majorité afin d'intéresser le mineur à ses propres affaires et ils précisent : « Nous permettrions volontiers au « pupille, sa quinzième année passée, de requérir lui-même « du juge de paix la convocation de son conseil de famille. « Toutes les fois que celui-ci se réunirait, il conviendrait « d'y convoquer le pupille avec voix consultative. Son « consentement serait nécessaire pour l'exercice des actions « réservées à la personne ; à plus forte raison devrait-il être « explicitement exigé pour les contrats de travail le concernant. Enfin si le tribunal ou le juge de paix étaient, « comme nous le souhaitons, substitués au conseil de

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, p. 471-472, n° 425.

« famille pour l'autorisation des actes patrimoniaux les plus graves, il faudrait permettre au mineur de plus de quinze ans qui désapprouverait l'acte projeté d'intervenir devant eux pour s'opposer à l'autorisation » (1).

Que penser de ces suggestions ? Elles correspondent sans doute à des réformes nécessaires, mais elles sont de portée trop restreinte pour permettre au mineur d'acquérir une réelle expérience des affaires.

Pour atteindre ce but il est nécessaire de se dégager des notions d'administration légale et de tutelle. C'est dire que nous verrions volontiers confier au mineur, dès qu'il a atteint l'âge de 16 ans, l'administration de son patrimoine et la disposition d'une large fraction de ses biens. D'une manière plus précise, il semble que l'on puisse lui permettre d'accomplir valablement tous les actes que le mineur émancipé peut faire seul et quelques-uns de ceux qu'il peut faire, assisté de son curateur ; parmi ces derniers, il devrait être autorisé notamment à recevoir et à placer les capitaux, à vendre ses meubles corporels (autres que les récoltes et les biens susceptibles de dépérissement, l'aliénation de ces biens rentrant dans la catégorie des actes de pure administration), à accepter une donation et aussi à donner décharge du compte de tutelle ou d'administration légale : institutions qui, par hypothèse, disparaîtraient à ce moment de la minorité.

L'octroi de semblables pouvoirs ne nous paraît pas excessif, car si l'on envisage les choses objectivement, on constate que la capacité qui en résulte correspond à une conception simplement extensive de la règle « *Minor restituitur...* ». En effet, les différents actes, que nous avons

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, p. 475, n° 428.

visés plus haut, sont tous des actes non soumis à formalités et normalement insusceptibles de nuire au mineur ; comme tels ils doivent être tenus pour valables tant que ce dernier n'en a pas demandé la rescision.

En ce qui concerne : 1° les opérations dont la validité est subordonnée à l'intervention d'un pouvoir de haute tutelle, et 2° certains actes (conversion de titres nominatifs en titres au porteur, exercice des actions immobilières et de l'action en partage) qui, bien que rentrant dans la catégorie de ceux que le mineur émancipé peut faire assisté de son curateur, présentent une gravité particulière, il ne nous paraît pas possible de permettre au mineur de les accomplir librement ; à ce degré un contrôle de l'activité de l'adolescent doit subsister ; mais, reprenant l'idée des rédacteurs du projet du Code civil, qui avaient jugé l'assistance du curateur suffisante même pour les actes les plus graves, sans autres formalités (1), nous souhaitons voir confier ce rôle à une personne unique, plutôt qu'à une collégialité, qui ne groupe trop souvent que quelques clercs de notaire parfaitement indifférents à la gestion du patrimoine d'une personne dont ils ignorent tout.

On nous objectera sans doute qu'un tel plan de réforme est de portée beaucoup plus sentimentale que réelle, puisqu'aussi bien il ne prévoit pas une extension considérable de la capacité du mineur. Mais il faut observer que ce système en provoquant le renversement des bases de cette capacité, en lui enlevant son caractère exceptionnel et en l'érigeant en capacité de plein droit, réalise la réforme la plus susceptible de répondre au but que nous nous sommes assigné ; en effet, on ne parviendra véritablement à

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, p. 678, n° 648,

initier le mineur à la vie juridique qu'en lui accordant des pouvoirs propres et en lui permettant de les exercer librement dans un domaine limité (1).

En définitive, nos différentes suggestions peuvent se résumer dans les propositions suivantes :

La vie sur le plan de la capacité juridique se diviserait en trois périodes :

1. *Avant l'âge de 16 ans* : l'individu, en raison de son inaptitude certaine, tant à se diriger lui-même qu'à administrer ses biens, resterait soumis au régime de la Puissance paternelle qui garderait tous ses attributs. Nous préconisons donc pour cette première période la conservation du système de l'administration légale et du système tutélaire ; mais nous pensons que leur application pratique serait heureusement nuancée par l'adoption d'une mesure analogue à celle de l'article 409 du Code civil suisse. Ce texte, nous le rappelons, ordonne que le pupille capable de discernement soit consulté pour tous les actes importants, étant entendu que parmi ces derniers il faut comprendre non seulement les actes patrimoniaux les plus graves, mais encore les actes de caractère personnel (adoption, questions de nationalité) et les contrats engageant la personne physique.

Afin d'éviter les difficultés qui pourraient s'élever sur le point de savoir si tel ou tel individu est ou non capable de discernement nous proposons de fixer à 13 ans l'âge à partir duquel il devra être consulté.

(1) Naturellement dans toute la mesure où une capacité personnelle lui sera reconnue, il ne pourra plus être question de rescision pour cause de lésion.

2. *De 16 à 21 ans* : le mineur se verrait conférer une demi-capacité.

En ce qui concerne la conduite de sa personne, pour des raisons, faciles à comprendre, de sauvegarde de l'unité familiale, le principe de la subordination du mineur à ses parents ou aux personnes détentrices de la puissance paternelle serait conservé. Les droits de correction, d'éducation et de garde seraient également maintenus. Toutefois, en ce qui concerne le droit de garde, il nous paraît utile de réserver au mineur la faculté de se créer un domicile propre, notamment lorsque sa profession l'exige. Enfin, un système de simple assistance serait substitué au régime de la représentation légale chaque fois que l'acte à accomplir serait de caractère personnel.

En ce qui concerne l'administration des biens, les systèmes de l'administration légale et de gestion par le tuteur seraient supprimés et l'on organiserait un régime autonome de contribution du mineur à ses frais d'éducation.

En outre, et surtout, sa capacité patrimoniale serait élargie dans les limites précédemment définies : il pourrait donc accomplir valablement tous les actes que le mineur émancipé peut faire seul et certains de ceux qui requièrent l'assistance du curateur (réception et placement des capitaux, vente des meubles corporels, acceptation des donations, etc.)

L'émancipation ne répondant plus alors à aucune exigence pratique disparaîtrait purement et simplement. Il y aurait lieu, pensons-nous, de modifier également les articles 2 et 3 du Code de commerce de manière à rendre accessible la profession commerciale aux majeurs de 16 ans.

Enfin pour harmoniser les règles relatives au mariage avec l'ensemble du système on devrait étendre le bénéfice

du régime des majeurs de 16 ans aux femmes mariées dès leur quinzième année, disposition qui aurait un intérêt certain au cas d'adoption de régimes matrimoniaux laissant à la femme la disposition de ses biens.

3. *A vingt-et-un ans* : l'individu, comme dans l'état actuel de la législation, accèderait à la pleine capacité juridique, disposant librement de sa personne et de ses biens.

Telles sont tracées dans leurs grandes lignes, les réformes que nous souhaitons voir intervenir. Elles nous paraissent conformes tant aux nécessités pratiques qu'au sens de l'évolution juridique et sociale actuelle ; et nous ne pensons pas qu'elles aient un caractère trop aventureux, car il est incontestable que les circonstances ont prématurément mûri la jeunesse qui a su acquérir, ainsi, une conscience plus aigüe de ses responsabilités comme de ses droits.

VU, *le Président de la thèse* :

PIERRE-LOUIS LUCAS

VU, *le Doyen de la Faculté de Droit* :

PIERRE-LOUIS LUCAS

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 3 mars 1941,

Le Recteur : SPENLÉ

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES GENERAUX

AUBRY et RAU. — *Traité de droit civil*, 5^e éd., 12 vol. (notamment tome XI).

BRISAUD. — *Manuel d'histoire du droit privé.*

CAPITANT. — *Introduction au droit civil*, 2^e éd.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 8^e éd.

DEMOLOMBE. — *Traité de Droit civil* (notamment tome VII).

DEMOLOMBE. — *Traité de la minorité.*

DE FRÉMINVILLE. — *Traité de la minorité*, 1845.

GARRAUD R. — *Traité théorique et pratique de droit pénal français.*

P. GARRAUD et LABORDE-LACOSTE. — *Précis élémentaire de droit pénal*, 3^e éd. 1937.

P.-F. GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e édition.

LAURENT. — *Principes de droit civil.*

P. LOUIS-LUCAS. — *La Nationalité Française.*

P. LOUIS-LUCAS. — *La Nouvelle réglementation de la nationalité française* (Extrait de la « Revue critique de Droit international », n^o 1, Janvier à Mars 1939).

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial.*

ORTOLAN. — *Cours de législation pénale comparée*, 1839.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 volumes (notamment tomes I, VI, VIII).

ROSSI. — *Traité de droit pénal*, 4^e éd., 1872.

MONOGRAPHIES

PARTIE HISTORIQUE

OUVRAGES ANCIENS :

- BEAUMANOIR. — *Des Coustumes et usages de Biauvoisis*, éd. Beugnot, Paris, 1842.
- DENISART. — *Collection des décisions nouvelles*, 8^e éd., 1773.
- HENRYS. — *Œuvres de M. Claude Henrys, Conseiller du Roi*, 1772.
- PIERRE DE FONTAINES. — *Le Conseil à un ami*, éd. Marnier.
- LEGRAND. — *Commentaires sur la coutume de Troyes*
- LOISEL. — *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye.
- MAYNARD. — *Arrêts du Parlement de Toulouse*.

OUVRAGES MODERNES :

- CHARVET Louis. — *Evolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*, thèse Strasbourg, 1920-1921.
- FLACH Jacques. — *Etude historique sur la minorité en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1870.
- MICHOU Joseph. — *Des pécules des fils de famille*, thèse Montpellier, 1884.
- MICOLIER G. — *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit « de peculio », jusqu'à la fin de l'époque classique*, thèse Lyon, 1932.

DROIT MODERNE

- BENETON Lucien. — *Les recours contre les délibérations des conseils de famille*, thèse Paris, 1930.
- DUBUS Jean. — *Des dispositions à titre gratuit faites par les mineurs*, thèse Dijon, 1908-1909.
- FONLUPT-ESPÉRABER. — *De la règle « Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus » et de la protection du mineur non émancipé dans le droit civil français*, thèse Paris, 1913-1914.
- HÉRAILL. — *La situation du mineur en droit commercial français*, thèse Toulouse, 1932.
- LUCASIEWICZ G. — *Des conditions de la capacité civile étudiées au point de vue de l'état psychologique de l'agent*, thèse Paris, 1900.
- MADRAY G. — *Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1931.
- MÉNARD Albert. — *Critique de la législation française en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts des mineurs*, thèse Paris, 1902.
- MILLION L. — *Le contrat d'engagement entre les ouvriers, domestiques ou gens de travail et les patrons ou maîtres*, thèse Paris, 1882.
- MOLLOT. — *Le Contrat d'apprentissage*, Paris, 1847.
- ORMIÈRES. — *De la capacité du mineur non émancipé*, thèse Toulouse, 1900-1901.
- PAGNIEZ J. — *Des effets juridiques de la minorité chez les travailleurs*, thèse Paris, 1904-1905.
- ROUSSEAU J. — *De la succession testamentaire du mineur de plus de 16 ans*, thèse Paris, 1933.
- VALLAS André. — *Les émancipations légales du mineur*, thèse Lille, 1930.

VERSTRAETE. — *De la capacité du mineur émancipé non commerçant*, thèse Paris, 1898-1899.

VRAC E. — *Capacité juridique des mineurs*, thèse Caen, 1869.

DROIT COMPARÉ

BARRIGA ERRAZURIZ. — *Observations critiques sur le Code civil Chilien*. Titre préliminaire, Livre I : des personnes ; thèse Paris, 1930.

CHAPLET P. — *La famille et le droit des personnes dans la législation soviétique*, thèse Rennes, 1929.

CHAVEGRIN. — *De la protection de la fortune mobilière des mineurs en droit comparé*, thèse Paris, 1907.

DARTIGALONGUE H. — *La tutelle des mineurs en droit espagnol*, thèse Toulouse, 1930.

ELIACHEVITCH B., TAGER P., NOLDE B. — *Traité de droit civil, et commercial des Soviets*, Préface H. Capitant, 3 vol., Paris, 1930.

FÈRE. — *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle dans le droit anglais*, thèse Paris, 1923.

STEPHEN. — *Commentaires* (notamment tome II).

REVUES ET PÉRIODIQUES

Revue trimestrielle de Droit civil, 1911, 1921, 1933 et 1935.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1925-1926-1927.

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1936.

Les lois nouvelles : décembre 1938, janvier et février 1939.

Journal des Prud'hommes, 1893.

Revue pratique de Notariat.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

L'Evolution historique du Statut des mineurs

TITRE I. — Droit Romain	15
CHAP. I : LES « SUI JURIS »	17
Section I : <i>Les Impubères</i>	17
Section II : <i>Les Pubères</i>	22
CHAP. II : LES « ALIENI JURIS »	28
TITRE II. — Ancien Droit français	41
CHAP. I : PAYS DE DROIT ECRIT	41
Section I : <i>Situation des « Sui juris »</i> ...	41
Section II : <i>Situation des « Alieni juris »</i> ..	46
CHAP. II : PAYS DE DROIT COUTUMIER	47
TITRE III. — Le Système du Code civil	59
CHAP. I : SANCTION DE L'INCAPACITÉ DES MINEURS	62

Section I : <i>Actes soumis à formalités</i> ..	63
Section II : <i>Actes non soumis à formalités</i>	65
APPENDICE	68
CHAP. II : L'EMANCIPATION	70

DEUXIEME PARTIE

Des diverses hypothèses dans lesquelles il est dérogé aux règles de l'incapacité et de la représentation légale du mineur

CHAP. I : DES DÉROGATIONS APPORTÉES AUX RÈGLES DE L'INCAPACITÉ DES MINEURS EN MA- TIÈRE EXTRAPATRIMONIALE ...	83
Section I : <i>Le mariage des mineurs</i>	83
Section II : <i>L'adoption des mineurs</i>	88
Section III : <i>La Reconnaissance d'enfant naturel</i>	94
Section IV : <i>De la défense à l'action en recherche de paternité</i>	96
CHAP. II : DES DÉROGATIONS APPORTÉES AUX RÈ- GLES DE L'INCAPACITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE DES MINEURS EN MATIÈRE PATRIMONIALE	103
Section I : <i>De la capacité de tester du mi- neur de plus de seize ans</i>	104
Section II : <i>Le contrat de mariage des mineurs</i>	112
APPENDICE AU CHAP. II : LES ACTES CONSER- VATOIRES	121
CHAP. III : LE MINEUR DANS LE CHOIX ET L'EXER- CICE D'UNE PROFESSION	127

Section I : <i>Le contrat d'apprentissage et le contrat de travail des mineurs</i>	127
Section II : <i>Le droit du mineur d'ester en justice relativement à sa profession</i> ..	138
Section III : <i>La perception du salaire par les ouvriers mineurs</i>	142
Section IV : <i>Observations critiques</i>	146
CHAP. IV : LE MINEUR COMMERÇANT	150
Section I : <i>Evolution des règles de droit en cette matière</i>	150
Section II : <i>Capacité du mineur régulièrement habilité</i>	153
Section III : <i>Retrait de l'autorisation</i>	157
Section IV : <i>Observations critiques</i>	160
CHAP. V : LE MINEUR ET L'EXERCICE D'UN MANDAT	167
CHAP. VI : LE MINEUR ET LES QUESTIONS DE RESPONSABILITÉ	172
Section I : <i>La responsabilité civile du mineur</i>	172
Section II : <i>La responsabilité pénale du mineur</i>	182
APPENDICE A LA SECTION II : L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE CONTRE LE MINEUR, DEVANT LA JURIDICTION RÉPRESSIVE	189
CHAP. VII : LE MINEUR ET LES QUESTIONS DE NATIONALITÉ	192
APPENDICE A LA DEUXIÈME PARTIE : ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ	215

Section I : <i>Droit espagnol</i>	216
Section II : <i>Droit chilien</i>	219
Section III : <i>Ancien droit russe</i>	222
Section IV : <i>Droit soviétique</i>	223
Section V : <i>Droit allemand</i>	224
Section VI : <i>Droit suisse</i>	225
Section VII : <i>Droit anglais</i>	227

TROISIEME PARTIE

Conclusion critique

BIBLIOGRAPHIE	251
TABLE DES MATIÈRES	257

